

LISBOA

---

UNIVERSIDADE  
DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**A Adjudicação das Parcerias para a Inovação**

Marta da Conceição Rodrigues de Almeida do Canto e Castro

Tema orientado pelo Prof. Dr. Lourenço Vilhena de Freitas

Mestrado Profissionalizante em Direito Administrativo

LISBOA

Janeiro de 2018

*Ao meu orientador, Lourenço Vilhena de Freitas, por toda a ajuda que me deu durante a elaboração desta dissertação.*

*Ao meu tio, José Cutileiro, que um dia me encorajou a ir para Direito porque “Em Direito se aprende a pensar”.*

*À minha madrinha de curso, Cristina Bento, que sempre me acompanhou durante todo o percurso nesta faculdade.*

*Aos meus pais, pela forma incansável como sempre me ajudaram e apoiaram ao longo destes anos.*

## Resumo:

Esta dissertação pretende levar a cabo uma análise do regime jurídico das parcerias para a inovação nas Diretivas Europeias de 2014 e no Código dos Contratos Públicos revisto. Tratar-se-á das questões relacionadas com a inovação e seu papel nas políticas de contratação pública da União Europeia, da transposição da figura da parceria para a inovação para o Código dos Contratos Públicos revisto, da relação da parceria para a inovação com outros procedimentos de contratação pública, da tramitação da parceria para a inovação, com especial enfoque nas questões que se prendem com a adjudicação e a “segunda adjudicação”, dos problemas que este procedimento poderá trazer para o mercado, bem como da sua transposição para outros ordenamentos jurídicos europeus.

Sumário: 1. Inovação e Parceria para a Inovação – Introdução e Contexto Histórico; 2. A Parceria para a Inovação nas Diretivas de 2014 e no Código dos Contratos Públicos; 3. A relação entre a parceria para a inovação e outros procedimentos; 4. Tramitação da parceria para a inovação; 5. A parceria para a inovação e o mercado – principais questões; 6. Outras transposições; 7. Conclusões

Palavras chave: Parceria para a inovação; adjudicação; inovação; I&D; CCP revisto

## Abstract:

This dissertation is intended as an analysis of the legal framework of the innovation partnerships in the 2014 Directives and the revised Public Contracts Code. It will address issues related with innovation and its role in EU Public Procurement policies, the transposal of the innovation partnership in the revised Public Contracts Code, the relationship between the innovation partnership and other public procurement procedures, the structure of the innovation partnership – particularly with regards to the award and “second award” of this procedure, the issues this procedure might bring to the innovation market, as well as its transposal into other EU jurisdictions.

Summary:1. Innovation and Innovation Partnership – Introduction and historical context;2. The Innovation Partnership in the 2014 Directives and the Public Contracts Code;3. The relationship between the innovation partnership and other procedures;4. Structure of the innovation partnership;5. The innovation partnership and the market – main issues;6. Other transposals;7. Conclusions

Keywords: Innovation partnership; award; innovation; R&D; revised PCC

## Glossário de Abreviações

CCP – Código dos Contratos Públicos

I&D – Investigação e Desenvolvimento

R&D – Research and Development

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

## Índice

<b>1. INOVAÇÃO E PARCERIA PARA A INOVAÇÃO – INTRODUÇÃO E CONTEXTO HISTÓRICO.....</b>	<b>7</b>
1.1 Introdução .....	7
1.2 Mecanismos de apoio à inovação noutros Estados .....	8
1.3 A inovação como elemento da política europeia de desenvolvimento .....	11
1.4. Inovação como política horizontal .....	17
1.5 O conceito de Inovação.....	19
<b>2. A PARCERIA PARA A INOVAÇÃO NAS DIRETIVAS DE 2014 E NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS REVISTO .....</b>	<b>23</b>
2.1 A Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 .....	23
2.2 O Código dos Contratos Públicos revisto .....	26
<b>3. A RELAÇÃO ENTRE A PARCERIA PARA A INOVAÇÃO E OUTROS PROCEDIMENTOS .....</b>	<b>30</b>
3.1 Procedimentos pré-comerciais .....	30
3.2 Diálogo Concorrencial e Procedimento por Negociação .....	35
3.3 A escolha da parceria para a inovação .....	37
<b>4. TRAMITAÇÃO DA PARCERIA PARA A INOVAÇÃO .....</b>	<b>40</b>
4.1 Tramitação do procedimento em geral .....	40
4.2 Tramitação da fase pré-contratual .....	41
4.2.1A qualificação e os critérios de escolha .....	41
4.2.2 A negociação .....	44
4.2.3 A adjudicação .....	45
4.2.3.1 Critérios de adjudicação: a melhor relação qualidade-preço .....	46
4.2.3.1.1 Definição do preço .....	49
4.3 Tramitação da fase de execução .....	53
4.3.1A Investigação e Desenvolvimento .....	54
4.3.2 A “segunda adjudicação” .....	60
4.3.3A comercialização .....	64
<b>5. OUTRAS QUESTÕES .....</b>	<b>65</b>

5.1 Concorrência e Transparência.....	65
5.2 Auxílios estatais .....	66
5.3 Confidencialidade e Propriedade Intelectual.....	68
5.4 Utilidade do procedimento .....	71
<b>6. BREVE ANÁLISE DAS DIFERENTES TRANSPOSIÇÕES DAS DIRETIVAS.....</b>	<b>73</b>
6.1 Espanha .....	74
6.2 França.....	75
6.3 Alemanha .....	75
6.4 Itália .....	76
<b>7. CONCLUSÕES.....</b>	<b>76</b>
<b>8.BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>79</b>
8.1 Citada .....	79
8.2 Consultada.....	82
8.3 Documentos oficiais.....	83

## 1. Inovação e Parceria para a Inovação – Introdução e Contexto Histórico

### 1.1 Introdução

Com esta dissertação propomo-nos analisar o novo procedimento contratual da Parceria para a Inovação, introduzido nas Diretivas 2014/24/EU e 2014/25/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 quer a nível europeu, quer a nível nacional, com especial enfoque no regime expresso nas Diretivas e algumas referências às transposições para a legislação nacional. Este procedimento contratual torna possível, primeiro, o desenvolvimento de um produto, bem ou serviço inovador e, depois, a sua posterior comercialização, dentro de um mesmo procedimento. Trataremos de algumas questões de ordem geral suscitadas pelo novo procedimento, e analisaremos em especial os problemas relacionados com a adjudicação e com a “segunda adjudicação”, dentro da fase de execução.

A parceria para a inovação é um procedimento que visa possibilitar às entidades adjudicantes o desenvolvimento de soluções inovadoras e a sua aquisição, num só procedimento.

Pretende dar resposta às preocupações da Comissão Europeia com o investimento na inovação a nível europeu, permitindo às entidades adjudicantes criar impulsos para o desenvolvimento de soluções inovadoras em vários mercados.

Analisaremos em detalhe ainda o facto de a tramitação deste procedimento se estruturar em três fases pré-contratuais - a qualificação e a negociação e adjudicação e, por outro lado, em duas fases contratuais<sup>1</sup> - a investigação e desenvolvimento (I&D, ou em inglês R&D) e a comercialização ou aquisição do produto, bem ou serviço.

Optámos por começar esta análise com uma contextualização da parceria para a inovação no quadro de outros procedimentos e mecanismos de apoio à inovação, no quadro internacional e europeu, analisando também o papel da inovação na União Europeia e o conceito de inovação. De seguida analisamos a forma como se encontra regulado o procedimento nas Diretivas e no CCP revisto.

---

<sup>1</sup> J. Meiners, M. Püstow, „Die Innovationspartnerschaft – Mehr Rechtssicherheit für ein innovatives Vertragsmodell“, NZBau, 2016,p.407



No ponto seguinte tratamos da relação entre a parceria para a inovação e procedimentos a que se assemelha. Analisamos a tramitação do procedimento, dando especial atenção às questões suscitadas quanto à sua adjudicação e à “segunda adjudicação”. Fazemos uma breve análise de outras questões que consideramos importante levar em conta no contexto das parcerias para a inovação, como os auxílios estatais. Por fim fazemos uma breve exposição sobre as transposições de alguns outros Estados-Membros da União Europeia deste procedimento para os seus ordenamentos jurídicos nacionais.

## 1.2 Mecanismos de apoio à inovação noutros Estados

A procura de soluções mais inovadoras através da contratação pública não se limita às opções desenvolvidas dentro do contexto das políticas de contratação pública da União Europeia. Trata-se de uma questão igualmente relevante noutros Estados.

As “*unsolicited proposals*”, ou propostas não solicitadas, são uma figura que permite a um privado apresentar uma proposta, por iniciativa sua, a uma entidade estatal, com o objetivo de expor uma ideia ou solução inovadora e eventualmente celebrar um contrato com essa entidade para esse efeito<sup>2</sup>.

Ao contrário do que é a norma na contratação pública, a iniciativa que desencadeia um procedimento de contratação aqui parte dos privados e não das entidades adjudicantes<sup>3</sup>.

Esta figura encontra-se definida no direito norte-americano no ponto 2.101 da Federal Acquisition Regulation nos seguintes termos “*Unsolicited proposal means a written proposal for a new or innovative idea that is submitted to an agency on the initiative of the offeror for the purpose of obtaining a contract with the Government, and that is not in response to a request for proposals(...)or any other Government-initiated solicitation or program.*”. Encontra-se ainda regulada no ponto 15.6 da Federal Acquisition Regulation.

---

<sup>2</sup> <https://www.state.gov/m/a/140245.htm>

<sup>3</sup> L.Turley, “Unsolicited Proposals in Infrastructure Procurement: A growing reality for governments, requiring robust management frameworks”, International Institute for Sustainable Development – Discussion Paper, 2015,p.1,2

O governo americano considera-a uma forma de encorajar a apresentação de ideias inovadoras<sup>4</sup>. Este mecanismo permite o aproveitamento das ideias inovadoras desenvolvidas por agentes privados para as entidades públicas.<sup>5</sup>

O mecanismo das propostas não solicitadas existe também em vários outros Estados, como as Filipinas, a República da Coreia, o Chile ou a África do Sul.<sup>6</sup>

Existem várias formas de os governos lidarem com as propostas não solicitadas. A primeira é proibi-las. A segunda é adquirir o conceito proposto e depois adjudicar com base num procedimento concorrencial que não dê vantagem a nenhum concorrente. A terceira é conceder uma vantagem ao concorrente que apresentou a proposta<sup>7</sup>.

Esta última pode ser dividida em duas opções: o sistema de bónus, que concede um bónus ao concorrente que inicialmente apresentou a proposta e o sistema suíço, que permite a outros concorrentes tentar igualar a proposta inicial, tendo o proponente original a possibilidade de fazer e contrapropostas<sup>8</sup>.

Os governos não têm de estar abertos a este tipo de propostas, mas estas podem apresentar soluções úteis<sup>9</sup>.

As propostas apresentadas podem ter um âmbito muito variável, podendo ir desde meros conceitos a projectos e planos completos<sup>10</sup>.

Este mecanismo permite às entidades do sector público compensar a falta de meios que permita avaliar a necessidade de iniciar certos projetos, permitindo também iniciar esses projectos de forma mais célere<sup>11</sup>. Porém, o recurso a este tipo de propostas pode solicitar problemas de falta de transparência e concorrência ou

---

<sup>4</sup> FAR 15.602 – Policy: “It is the policy of the Government to encourage the submission of new and innovative ideas (...)When the new and innovative ideas do not fall under topic areas publicized under those programs or techniques, the ideas may be submitted as unsolicited proposals.”

<sup>5</sup> FAR 15.603 – General, a) “Unsolicited proposals allow unique and innovative ideas or approaches that have been developed outside the Government to be made available to Government agencies for use in accomplishment of their missions”

<sup>6</sup> J. Hedges, “Unsolicited Proposals – Competitive Solutions for Private Infrastructure”, Public Policy for the Private Sector, The World Bank Group Private Sector And Infrastructure Network, Note 258, 2013,p.1

<sup>7</sup> Idem

<sup>8</sup> Ibidem

<sup>9</sup> Idem,p.3

<sup>10</sup> L.Turley, “Unsolicited Proposals in Infrastructure Procurement: A growing reality for governments, requiring robust management frameworks”, (...) ,p.1,2

<sup>11</sup> Idem,p.2

situações de eventual favorecimento político,<sup>12</sup> em especial se o Estado que a elas recorre não possui legislação formal sobre esta matéria.

Pode também dar-se a circunstância de estas propostas não serem tão inovadoras como seria de esperar.<sup>13</sup>

Este mecanismo tem a vantagem de ser uma forma célere de desencadear um processo de contratação pública. O facto de a iniciativa partir dos privados permite estabelecer um contacto mais direto e imediato com as empresas e o mercado. Por essa mesma razão não se coloca o problema da eventual falta de interesse destes no desenvolvimento de um projecto e evitam-se situações de concursos desertos.

Mesmo que se proceda para um procedimento concorrencial após a apresentação da primeira proposta, a administração pública consegue poupar tempo e dinheiro, por não ter de desenvolver todo o trabalho pré-procedimental que envolve a análise de necessidades concretas e a escolha de soluções, mesmo que em termos genéricos. Nesse sentido, permite aproveitar a espontaneidade do mercado e a oportunidade das opções apresentadas.

A opção tomada pela União Europeia quanto à contratação pública passa por um sistema com regras mais rígidas e mais complexas, mas que assegura melhor a livre concorrência e a transparência. O que se perde em celeridade e no contacto com o mercado é compensado por um nível mais elevado de segurança jurídica e por um sistema que permite assegurar aos concorrentes privados que não será privilegiado indevidamente um determinado concorrente.

A protecção da livre concorrência é um princípio chave do Direito da União Europeia actual, tratando-se de um elemento essencial para assegurar o bom funcionamento do mercado único, e contendo o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia um capítulo inteiro dedicado à questão da concorrência.

Na China as entidades adjudicantes podem recorrer a “catálogos de inovação”, que contêm listas de soluções inovadoras que poderão ser usados para orientar a aquisição de produtos inovadores ou “signalling catalogues”, que identificam tecnologias consideradas necessárias pelo governo chinês.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Idem,p.2,3

<sup>13</sup> Idem,p.2,3

<sup>14</sup> Y.Li, L. Georghiou, J. Rigby, “Public procurement for innovation elements in the Chinese new energy vehicles program”, in:Public Procurement for Innovation,2015,Cheltenham,p.179

No Reino Unido recorreu-se ao mecanismo do “*forward commitment procurement*” para contornar as dificuldades colocadas pela diminuição do apoio concedido pelas entidades públicas entre a investigação e desenvolvimento e a comercialização dos produtos inovadores.<sup>15</sup> Chegou-se à conclusão que os privados recebiam muito apoio financeiro na fase inicial de investigação e desenvolvimento, mas este ia diminuindo, atingindo o seu ponto mais baixo precisamente quando se iniciava a comercialização. Este pode ser também para os privados um momento de elevado risco, por não ser possível prever a dimensão da eventual procura para os produtos inovadores em causa.

Criou-se a metodologia do “*forward commitment procurement*” que permite calcular antecipadamente as necessidades futuras, contactando com eventuais interessados para assegurar o futuro investimento nestes produtos<sup>16</sup>. Assim, estabelecem-se contactos com o mercado que criem condições para sustentar o funcionamento da cadeia de distribuição e diminuir o risco para os privados em desenvolver estes produtos.<sup>17</sup>

### 1.3 A inovação como elemento da política europeia de desenvolvimento

Nos últimos anos a Comissão Europeia tem mostrado uma preocupação crescente com a inovação como potencial fator de desenvolvimento da União Europeia.

O Conselho Europeu de Lisboa de 2000 estabeleceu como objetivo tornar a economia europeia na mais competitiva e dinâmica do mundo na próxima década, salientando que a estimulação da inovação éera essencial para alcançar este objetivo<sup>18</sup>. Em 2002 o Conselho Europeu de Barcelona adotou como meta o investimento na inovação e desenvolvimento até 3% do PIB até 2010<sup>19</sup>.

Nas Diretivas de 2004 alargou-se o espectro da contratação pública a fins não exclusivamente comerciais, designadamente a fins ambientais e sociais. A atual

---

<sup>15</sup> H. van Meerveld, J. Nauta, G. Whyles, “Forward commitment procurement and its effect on perceived risks in PPI projects”, in: Public Procurement for Innovation, 2015, Cheltenham, p. 115

<sup>16</sup> Idem, p. 116

<sup>17</sup> Idem, p. 118

<sup>18</sup> A. R. Apostol, “Formal European standards in public procurement: a strategic tool to support innovation”, Public Procurement Law Review, 2, 2010, p. 1

<sup>19</sup> Idem, p. 1, 2

possibilidade de se utilizar também a inovação como política horizontal tem aqui a sua origem.

Na Estratégia de Lisboa para o Crescimento e o Emprego, *“Acções Comuns para o Crescimento e o Emprego: o Programa Comunitário de Lisboa”*<sup>20</sup>, faz-se referência à necessidade de alcançar a meta de 3% do PIB da União Europeia para I&D, bem como ao recurso à inovação como “motor de crescimento sustentável”.

Alcançar esta meta até 2025 poderia resultar num aumento do PIB europeu em €795 mil milhões e criar 3,7 milhões de empregos<sup>21</sup>.

Na Comunicação da Comissão de 2006 *“O conhecimento em acção: uma estratégia alargada para a UE no domínio da inovação”*<sup>22</sup>, refere-se a necessidade de a União Europeia inovar mais e ser mais competitiva. Esta comunicação apela ao envolvimento de todos os agentes públicos e privados no processo de inovação e à necessidade da existência de um mercado favorável à inovação. Recomenda ainda *“promover a difusão, no mercado, de produtos e serviços inovadores, melhorando ao mesmo tempo a qualidade dos serviços públicos”*<sup>23</sup>.

Desde 2008, em parte devido aos resultados da crise económico-financeira, assistiu-se ao aumento do foco na inovação<sup>24 25</sup>, bem como à atenção dada ao potencial da contratação pública para fomentar o desenvolvimento nesta área e noutras. A contratação pública corresponde a uma parcela significativa do PIB da União Europeia (19.4%<sup>26</sup>) e dos investimentos dos Estados-Membros.

Também relevante neste contexto são as conclusões da Estratégia Europa 2020<sup>27</sup>. Esta estratégia constitui um plano de emprego e crescimento da União Europeia criado em 2010, para a década seguinte. Assume como objetivo corrigir os defeitos do atual modelo de crescimento e criar as bases para um crescimento

---

<sup>20</sup> “Acções Comuns para o Crescimento e o Emprego: o Programa Comunitário de Lisboa”, COM(2005) 330 de 20.7.2005

<sup>21</sup> [http://ec.europa.eu/research/innovation-union/index\\_en.cfm?pg=why](http://ec.europa.eu/research/innovation-union/index_en.cfm?pg=why), consultado a 16.10.2017

<sup>22</sup> COM(2006) 502 final, Comunicação da comissão ao conselho, ao parlamento Europeu, ao comité económico e social europeu e ao comité das Regiões; O conhecimento em acção: uma estratégia alargada para a UE no domínio da inovação, Bruxelas, 13.9.2006

<sup>23</sup> COM(2006) 502 final, Comunicação da comissão ao conselho, ao parlamento Europeu, ao comité económico e social europeu e ao comité das Regiões; O conhecimento em acção: uma estratégia alargada para a UE no domínio da inovação, Bruxelas, 13.9.2006, p.12

<sup>24</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Londres, 2014, Thomson Reuters, 3ª edição, p.1046

<sup>25</sup> M. Fehling, „Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren“, NZBau, 2012, p.673

<sup>26</sup> <https://www.innovation-procurement.org/about-ppi/facts-figures/>

<sup>27</sup> Bruxelas, 3.3.2010, COM(2010) 2020 final, Comunicação Da Comissão Europa 2020, Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo

inteligente, sustentável e integrativo. Para esse efeito, foram estabelecidas cinco metas essenciais: “*emprego, investigação e inovação, alterações climáticas e energia, educação e luta contra a pobreza*”<sup>28</sup>. Os meios para atingir estes objetivos contam com sete iniciativas-piloto, entre as quais se destaca a inovação<sup>29</sup>.

A relação próxima entre a Estratégia Europa 2020 e a parceria para a inovação não quer, porém, significar que a comunicação da Comissão de 2006 deva ser utilizada diretamente para interpretar a regulação do procedimento<sup>30</sup>.

A Diretiva 2014/24/UE refere, no Considerando 47, a necessidade de no quadro da Estratégia Europa 2020, fazer-se um uso estratégico da contratação pública, com o intuito de fomentar a inovação, contribuindo para a rentabilização do uso de fundos públicos, bem como o aumento de benefícios económicos, sociais e ambientais. Entende-se que a atuação das entidades públicas ao adquirir bens, produtos e serviços inovadores, pode não só estimular o mercado e o desenvolvimento dessas soluções, mas também servir de exemplo a outros atores económicos<sup>31</sup>.

A necessidade de fomentar a inovação a nível europeu deriva também do facto de a consolidação do mercado interno europeu ter levado à diminuição do número de empresas estatais que pudessem criar esse tipo de incentivos a nível nacional<sup>32</sup>.

A inovação pode ser estimulada através da aquisição direta pelas entidades adjudicantes de bens, produtos ou serviços inovadores (com recurso à parceria para a inovação ou a outro procedimento contratual), bem como através do uso dos procedimentos pré-comerciais<sup>33</sup>. As entidades adjudicantes funcionam nesse caso como um “*lead costumer*”, encorajando a criação de novos produtos e mercados<sup>34</sup>. Há, porém, alguma hesitação por parte das entidades adjudicantes no

---

<sup>28</sup> Bruxelas, 3.3.2010, COM(2010) 2020 final, Comunicação Da Comissão Europa 2020, Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo

<sup>29</sup> A. Rosenkötter, „Die Innovationspartnerschaft“, VergabeR 2016, 2016, p.196

<sup>30</sup> C. Krönke, §119, Abs. 7 Innovationspartnerschaft, *Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB* 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Auflage 2017

<sup>31</sup> A. Rosenkötter, „Die Innovationspartnerschaft“, (...), p.196

<sup>32</sup> A. R. Apostol, “Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?”, *Public Procurement Law Review* 6, 2012, p.3

<sup>33</sup> Idem, p.2

<sup>34</sup> M. Fehling, „Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren“, (...), p.675

que toca à contratação de soluções inovadoras, dados os riscos envolvidos na aquisição deste tipo de produtos<sup>35</sup>.

A contratação de serviços inovadores por entidades públicas pode ter três tipos de efeitos no mercado: a criação de um mercado – quando ainda não exista; a progressão de um mercado, quando o mercado existe, mas precisa de mais desenvolvimento para ser comercialmente viável, e a consolidação de um mercado.<sup>36</sup>

A ideia subjacente é que o desenvolvimento de soluções inovadoras através da contratação pública permite apoiar a inovação no mercado em geral e, assim, melhorar a competitividade da indústria europeia<sup>37</sup> e a sua produtividade, bem como melhorar a efetividade das compras e dos serviços públicos. O investimento na inovação seria também essencial para a Europa conseguir manter o desenvolvimento económico e o bem-estar dos seus cidadãos, bem como fazer face aos desafios das alterações climáticas, da escassez de recursos ou do envelhecimento<sup>38</sup>. Como refere a Estratégia Europa 2020, trata-se de fomentar o crescimento económico através do desenvolvimento de uma economia fundada no conhecimento e na inovação<sup>39</sup>.

Faz-se uso do conhecimento dos concorrentes para alcançar, através da contratação, melhores resultados para a entidade adjudicante, para o Estado e para a economia. Com efeito é mais fácil recorrer ao conhecimento pré-existente dos agentes privados, que estão mais próximos do setor e têm mais flexibilidade para desenvolver e aplicar novos conceitos, do que seria criar meios próprios do Estado para o efeito<sup>40</sup> (uma “burocracia da inovação”)<sup>41</sup>.

O fomento da inovação através da contratação pública é, assim, caracterizado uma melhor realização dos objetivos, seja em relação ao próprio

---

<sup>35</sup> A. R. Apostol, “Public procurement of innovation - a structural approach”, *Public Procurement Law Review*, 4, 2012, p.2

<sup>36</sup> N.S.Vonortas, “Innovation and public procurement in the United States”, in: *Public Procurement for Innovation*, 2015, Cheltenham, p.148

<sup>37</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), pp.1046-1047

<sup>38</sup> A. R. Apostol, “Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?”, (...), p.2

<sup>39</sup> M. Fehling, „Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren“, (...), p.673

<sup>40</sup> M. Burgi, “Die Förderung sozialer und technischer Innovationen durch das Vergaberecht“, *NZBAU*, 2011, 577, p.577

<sup>41</sup> Idem

objeto do contrato e através deste da economia e sociedade em geral, seja apenas da economia e sociedade em geral.<sup>42</sup>

A existência de efeitos para lá do próprio objeto do contrato é o objetivo de todas as políticas secundárias – é este o elemento a que se chama “*Vergabefremd*”, ou estranho à contratação<sup>43</sup>. A novidade na instrumentalização do incentivo à inovação prende-se com o facto de através destes incentivos, o cocontratante ter de desenvolver algo novo (pelo menos em parte), em vez de se limitar a respeitar passivamente os requerimentos e standards exigidos<sup>44</sup>.

Porém, existem potenciais zonas de conflito quando falamos da inovação. A primeira prende-se com o confronto entre a ideia de formalização e a segurança jurídica, por um lado, e a flexibilização necessária ao desenvolvimento de um processo criativo por outro lado. Este conflito reflete-se não apenas na estrutura e/ou escolha do modelo contratual a adotar, mas também na elaboração das próprias peças processuais e na aplicação dos critérios de adjudicação<sup>45</sup>. A segunda situação de conflito tem que ver com a necessidade de se proteger os segredos industriais e a propriedade intelectual versus a necessidade de cooperação para o desenvolvimento de um processo criativo e de aprendizagem mútuo<sup>46</sup>.

Uma das ferramentas mais importantes, e por vezes ignoradas, no fomento da inovação é tão simplesmente o uso das descrições nos cadernos de encargos de forma a encorajar o uso de técnicas e a procura de soluções inovadoras<sup>47</sup>.

Entre as medidas adotadas para o fomento da inovação pela Diretiva de 2014, para além do recurso às parcerias para a inovação, temos a referência aos procedimentos pré-comerciais, a possibilidade de apresentação de variantes e o enfoque na redação de especificações técnicas<sup>48</sup>, bem como o recurso a concursos de design<sup>49</sup> e o uso de standards<sup>50</sup>. Se utilizados no contexto da contratação tradicional e não forem utilizados o diálogo concorrencial ou o procedimento por

---

<sup>42</sup> Idem, p.579

<sup>43</sup> Idem, p.579

<sup>44</sup> Idem, p.579

<sup>45</sup> Idem, p. 674

<sup>46</sup> Idem, p. 674

<sup>47</sup> Idem, p.581

<sup>48</sup> Idem

<sup>49</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, *Public Procurement Law Review*, 2, 2015, p.2

<sup>50</sup> A. R. Apostol, “Formal European standards in public procurement: a strategic tool to support innovation”, (...), p.1



negociação, estes métodos não permitem o recurso ao diálogo ou à negociação entre a entidade adjudicante e os concorrentes<sup>51</sup>. Isto significa que não é possível proceder à melhoria das propostas através da negociação entre a entidade adjudicante e os concorrentes.

A criação das parcerias para a inovação integra-se na lógica de “*toolbox*” da Comissão Europeia, que pretende dar às entidades adjudicantes a possibilidade de recorrer a uma série de procedimentos contratuais diferentes, que se depois ajustem às circunstâncias concretas<sup>52</sup>. Porém, introdução de um novo procedimento pode também ser vista como uma forma de apenas regular formalmente mecanismos que já existiam, em vez de se entender que se está a criar um mecanismo novo<sup>53</sup>. Não deixa, contudo, de ser possível equacionar a hipótese de a parceria para a inovação poder conferir legitimidade a alguns tipos de acordos, que não seriam aceites de outro modo<sup>54</sup>.

O novo procedimento das parcerias para a inovação baseia-se em e é inspirado pelos procedimentos pré-comerciais, previstos na supramencionada Comunicação de 2006 e fixados na “*Comunicação da Comissão sobre Contratos pré-comerciais: promover a inovação para garantir serviços públicos sustentáveis de alta qualidade na Europa*”, de 2007. Estes não correspondem a um procedimento específico ou a um tipo contratual regulado nas Diretivas<sup>55</sup>.

A parceria para a inovação procura, por um lado, encorajar a contratação de soluções inovadoras por parte das entidades adjudicantes e, por outro lado, dar resposta a alguns dos problemas colocados pelos procedimentos pré-comerciais.

Parte-se da premissa que a existência de um procedimento que permita juntar num só o desenvolvimento de soluções inovadoras e a sua aquisição servirá de incentivo para a participação dos privados no desenvolvimento de bens, produtos ou serviços inovadores<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...), p.2

<sup>52</sup> E. Badenhausen-Fähnle, “Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?”, VergabR 2015, p.744

<sup>53</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), p.1048-1049

<sup>54</sup> Idem, p.1050

<sup>55</sup> M.A. Bernal Blay “The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 9 2014, 3, p.4

<sup>56</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), p.1047

Uma das razões pelas quais se sentiu a necessidade de criar um procedimento que unisse os dois elementos é a dificuldade de envolver os concorrentes em dois procedimentos distintos: a investigação e desenvolvimento e a comercialização, especialmente tendo em conta as regras de proteção da concorrência que limitam a intervenção de concorrentes que tenham participado no desenvolvimento de uma solução em contratos posteriores sobre essa mesma solução<sup>57</sup>. Até porque envolvimento anterior, mesmo que não seja impedimento à participação no contrato subsequente, pode desencorajar outros concorrentes de participar na fase de comercialização, face à potencial vantagem daquele primeiro, e reduzir a concorrência. Do mesmo modo excluir agentes económicos da fase de comercialização pode desencorajar a sua participação na fase de I&D, por a comercialização ser o momento mais lucrativo<sup>58</sup>.

Considera-se, pois, que a parceria para a inovação pode permitir superar o problema de a utilização de dois procedimentos separados poder gerar dúvidas quanto à concorrência desleal e conflitos de interesse relacionados com a cooperação do concorrente na fase pré-comercial procedimento poder excluí-lo do procedimento para a comercialização<sup>59</sup>.

Como refere Cerqueira Gomes, é de destacar a escolha do legislador europeu chamar uma “parceria” à parceria para a inovação, reforçando a ideia de cooperação entre entidades adjudicantes e concorrentes privados, que tem especial relevância na fase de execução<sup>60</sup>.

#### 1.4. Inovação como política horizontal

A inovação é também relevante num contexto mais amplo, como objetivo a ser alcançado através de outros contratos, de forma semelhante às preocupações ambientais e sociais. Trata-se de uma utilização estratégica da contratação pública que vê o contrato não apenas como forma de obter os bens desejados.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> Idem

<sup>58</sup> Idem

<sup>59</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...), p.1

<sup>60</sup> P. Cerqueira Gomes “The innovative innovation partnerships under the 2014 Public Procurement Directives”, Public Procurement Law Review, 4, 2014, pp. 211-218,p.2

<sup>61</sup> M.A. Bernal Blay “The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation”, (...),p.2

Desde há algum tempo que a utilização da contratação pública para a prossecução de políticas horizontais é geralmente aceite pela doutrina e legislador. A utilização da contratação para prosseguir metas sociais, ambientais ou inovadoras já não é vista, como sendo *per se* “*Vergabefremd*.”<sup>62</sup><sup>63</sup>.

O fomento da inovação tem em comum com a prossecução das demais políticas horizontais o facto de serem formas de instrumentalização da contratação pública<sup>64</sup>.

O fomento da inovação não tem, por si só, cariz político, adquire-o apenas quando ligado a um objetivo de natureza política<sup>65</sup>, o que pode ser menos claro no caso das políticas horizontais ambientais e sociais.

É mais fácil conceber que a inovação tecnológica venha a ser diretamente prosseguida como objeto do contrato, ao passo que a inovação associada às metas sociais deverá surgir provavelmente como política horizontal<sup>66</sup>.

Cria-se, assim, a possibilidade de a entidade adjudicante analisar o potencial dos concorrentes para a inovação, ou adquirir bens, serviços ou obras inovadoras (quer através das parcerias para a inovação, quer de outra forma), bem como de levar em conta o carácter inovador das propostas nos critérios de adjudicação, como acontece já com os critérios económicos e sociais.<sup>67</sup> <sup>68</sup>

Existem situações em que podemos assistir a uma potencial sobreposição da prossecução da inovação como meta e das políticas horizontais sociais e ambientais, já que estas poderão ser, elas próprias inovadoras (e muitas vezes serão)<sup>69</sup>.

Designadamente, podemos estar perante uma inovação com efeitos sociais ou ecológicos, como por exemplo um novo tipo de iluminação para edifícios públicos que envolva uma componente técnica e uma componente ambiental, ou a

---

<sup>62</sup> M. Burgi, “Die Förderung sozialer und technischer Innovationen durch das Vergaberecht“, (...), p.577,578

<sup>63</sup> Estranha à contratação.

<sup>64</sup> M. Burgi, *Vergaberecht : systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung*, München, 2016, C. H, Beck, pp.88-93, p.89

<sup>65</sup> M. Burgi, “Die Förderung sozialer und technischer Innovationen durch das Vergaberecht“, (...), p.579

<sup>66</sup> M. Fehling, „Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren“, (...),p.674

<sup>67</sup> V. Dobmann, *Das neue Vergaberecht : GWB, VgV, SektVO, KonzVgV, VOB/A-EU*, 2016, Nomos, § 104-105

<sup>68</sup> M. Fehling, „Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren“, (...),p.674

<sup>69</sup> Idem

criação de planos para a inclusão de mais mulheres nas empresas, que pode ser uma inovação de carácter social<sup>70</sup>.

Em todo o caso, as políticas horizontais implicam a instrumentalização da contratação para fins políticos. Em consequência, assiste-se a um alargamento dos fins da contratação pública para além dos seus fins tradicionais. Entendem-se como fins políticos neste caso a melhoria de condições ambientais, a integração de migrantes, a igualdade entre género, o equilíbrio entre a vida profissional e a vida familiar e agora também o incentivo à inovação<sup>71</sup>.

### 1.5 O conceito de Inovação

Num nível mais abstrato, a inovação pode ser descrita como um processo deliberado em que duas ou mais partes cooperam no sentido de criar algo novo, quer com base em tecnologias existentes, quer se trate de uma invenção ou ideia totalmente nova. O elemento essencial da inovação no contexto da contratação pública é o da cooperação próxima entre as partes durante o processo de inovação<sup>72</sup>.

O conceito de inovação pode ser dividido em inovação de produtos e inovação de processos. O primeiro trata da criação de novos produtos e serviços ou de novas formas de os aplicar<sup>73</sup>. O segundo pode ser dividido em dois sub-tipos: por um lado, as alterações internas durante o processo – a inovação aqui descreve apenas novidades introduzidas pelo próprio procedimento; por outro lado a inovação criada pelos candidatos durante as fases negociais (no caso do diálogo concorrencial, da fase de diálogo, no procedimento por negociação e nas parcerias para a inovação na fase de negociação) através da combinação de procedimentos existentes e novos métodos<sup>74</sup>.

É também possível classificar a inovação em duas dimensões, referindo-se a primeira ao utilizador do produto final, que pode por sua vez ser dividida em *“direct procurement for innovation” (PPI)* e *“catalytic procurement for innovation”*.

---

<sup>70</sup> M. Burgi, “Die Förderung sozialer und technischer Innovationen durch das Vergaberecht“, (...),p.578

<sup>71</sup> M. Burgi, “Die Förderung sozialer und technischer Innovationen durch das Vergaberecht“, (...),p.578

<sup>72</sup> M. Steinicke, “The Public Procurement Rules and Innovation” , in: EU Public Procurement – Modernization, Growth and Innovation, p.260

<sup>73</sup> P. Telles, „Competitive Dialogue: Should Rules be Fine-Tuned to Facilitate Innovation?“, in: EU Public Procurement – Modernization, Growth and Innovation, p. 222

<sup>74</sup> P. Telles, „Competitive Dialogue: Should Rules be Fine-Tuned to Facilitate Innovation?“,(...), p. 223

A segunda reporta-se à natureza do procedimento de contratação e grau de inovação do produto e pode ser dividida em procedimento pré-comercial, *“developmental procurement”* e *“adaptive PPI”*<sup>75</sup>.

Podemos ainda falar em *“incremental procurement”* e *“radical procurement”*, consoante estejamos perante uma adaptação do produto a condições específicas nacionais ou locais, ou perante uma criação inteiramente nova<sup>76</sup>.

As inovações podem também ser vistas como novas criações com significado económico ou cultural essencialmente desenvolvidas por empresas<sup>77</sup>. Neste sentido resultam de processos interactivos entre vários atores contidos em sistemas de inovação. De acordo com esta visão, a interacção e a aprendizagem interativa entre organizações são pilares em que se baseiam as inovações<sup>78</sup>.

Segundo essa aceção, para ser considerado uma inovação, o produto ou processo deverá ser implementado – ou seja, o produto deve ser introduzido no mercado ou o processo usado na produção – a inovação deve ser comercializada. Um protótipo não corresponde a uma inovação<sup>79</sup>.

Até à vigência das Diretivas de 2014 não havia definição legal de inovação a nível europeu<sup>80</sup>, pelo que os Estados-Membros teriam entendimentos divergentes do conceito.

No n.º 22 do Artigo 2.º da Diretiva 2014/24/EU temos a seguinte definição de inovação: *“a implementação de um produto, serviço ou processo novo ou significativamente melhorado, incluindo mas não limitado aos processos de produção ou construção, um novo método de comercialização, ou um novo método organizacional nas práticas empresariais, na organização do local de trabalho ou nas relações externas”*. Esta definição não existia na proposta original da Diretiva apresentada em 2011.<sup>81</sup>

---

<sup>75</sup> L. Butler, “Innovation in Public Procurement: Towards the “Innovation Union””, in: Modernizing Public Procurement – The New Directive, pp.349

<sup>76</sup> C.Edquist, N.S.Vonortas, J.M.Zabala-Iturriagoitia, “Introduction”, in: Public Procurement for Innovation, 2015, Cheltenham, p.8-9

<sup>77</sup> Idem, p.3

<sup>78</sup> Idem

<sup>79</sup> Idem

<sup>80</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...), p.2

<sup>81</sup> COM(2011) 896 final, Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos, Bruxelas, 20.12.2011

Não se trata apenas da criação de novos produtos bens ou serviços, mas também de situações em que estes sejam significativamente melhorados por algum dos meios referidos, ou qualquer outro. Arrowsmith entende por *significativamente melhorado*, estar perante uma situação em que não haja apenas ligeiras adaptações daquilo que existe no mercado<sup>82</sup>. Andrecka acrescenta ainda que esta expressão deverá ser interpretada juntamente com o Considerando 47, onde se refere que a inovação deverá fomentar a “*melhoria da eficiência e da qualidade dos serviços públicos dando simultaneamente resposta aos grandes desafios sociais.*” e que “*Contribui para a utilização mais rentável dos fundos públicos, bem como para maiores benefícios económicos, ambientais e sociais*”. Defende que estes critérios deverão ser utilizados na definição daquilo que se considera como *significativamente melhorado*<sup>83</sup>. Para Bernal Blay poderia ser também considerada inovadora a aquisição daquele produto que, já tendo sido criado, ainda não tenha penetrado no mercado, ou tenha no seu sector uma quota de mercado de apenas 20%<sup>84</sup>.

No nosso entender parece-nos uma solução algo discutível, uma vez que não se está efetivamente a desenvolver nada, apenas a ajudar um produto já existente a penetrar no mercado. Poderia ser um elemento potencialmente perturbador da concorrência, apesar da proibição expressa da Diretiva nesse sentido.

O uso do termo “implementação” pode ser lido como indicando que a inovação se refere aos produtos finais e também à execução das tarefas de forma que possa incluir pesquisa e desenvolvimento experimental(mas não exclusivamente)<sup>85</sup>.

Andrecka considera incorreta a opção de ligar diretamente esta definição à Agenda 2020, o que a tornará, mais cedo ou mais tarde, obsoleta e critica ainda a complexidade da definição<sup>86</sup>.

O entendimento da Comissão de inovação não se limita apenas à inovação em sentido estritamente tecnológico - embora seja esse o que está em primeira

---

<sup>82</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), p.1051

<sup>83</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...), p.2

<sup>84</sup> M.A. Bernal Blay “The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation”, (...),p.4

<sup>85</sup> Idem,p.3

<sup>86</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...), p.2

linha em causa<sup>87</sup>, são também levados em conta elementos como a inovação social ou ambiental<sup>88</sup>.

O conceito de inovação do artigo 31.º a usar no âmbito das parcerias para a inovação não corresponde inteiramente ao do artigo 2.º. “Inovação” para a parceria para a inovação não se basta com a implementação de um produto novo ou significativamente melhorado. É também preciso que o produto “inovador” em causa não esteja já disponível no mercado.

Para Cerqueira Gomes o conceito de inovação envolve dois elementos: um ontológico, que corresponde à criação de novos recursos, e um teleológico, que determina que este novo recurso seja considerado inovação apenas na medida em que contribua para o bem-estar social a longo prazo<sup>89</sup>.

Entende, então, este autor que a definição do artigo 31.º se prende mais com a disponibilidade no mercado destes produtos, ao passo que a do referido n.º 22 do artigo 2.º tem uma visão mais restritiva, ligada aos objetivos da estratégia Europa 2020<sup>90</sup>.

É, contudo, possível usar a parceria para inovação para situações de bens que, já existindo, não existem sob a forma melhorada pretendida pela entidade adjudicante (designadamente que sejam mais baratos ou tenham maior qualidade)<sup>91</sup>.

Cerqueira Gomes sugere ainda que o artigo 31.º devia ter contemplado também o aspeto teleológico, para lembrar às entidades adjudicantes que os objetivos da parceria não devem ser meramente económicos<sup>92</sup>.

A criação de uma definição legal de inovação no texto final da Diretiva ajuda a clarificar que a parceria para a inovação não deverá ser usada em situações em que a inovação seja meramente incidental<sup>93</sup>.

---

<sup>87</sup> M. Fehling, „Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren“, (...),p.674

<sup>88</sup> A. Rosenkötter, „Die Innovationspartnerschaft“, (...), p.197

<sup>89</sup> P. Cerqueira Gomes “The innovative innovation partnerships under the 2014 Public Procurement Directives”, (...),p.3

<sup>90</sup> Idem

<sup>91</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...),p.1052

<sup>92</sup> P. Cerqueira Gomes “The innovative innovation partnerships under the 2014 Public Procurement Directives”, (...),p.3

<sup>93</sup> M. Andrecka, “Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract Under the Regime of the New Directive 2014/24/EU”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 9, 2014 174,p.6

Interessa, contudo, ponderar, face a este conceito e face à tramitação da parceria para a inovação, se efetivamente fará algum sentido utilizá-la para desenvolver um novo método de organização ou prática comercial. É certo que a flexibilidade da fase de investigação e desenvolvimento nada opõe à contratação deste tipo de opção, mas entendemos que o procedimento está, ainda assim, claramente pensado para desenvolvimentos tecnológicos e não para desenvolvimentos de outra natureza. Parece-nos que seria ainda mais difícil e abstrata a concretização de uma parceria para a inovação para desenvolver um novo método de organização do que um produto tecnológico.

## 2. A Parceria para a inovação nas Diretivas de 2014 e no Código dos Contratos Públicos revisto

### 2.1 A Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014

As parcerias para a inovação encontram-se reguladas pela primeira vez no artigo 31.º da Diretiva 2014/24/UE, bem como no artigo 49.º da Diretiva 2014/25/EU, sendo também importante levar em conta o que é dito no Considerando 49.

O legislador europeu optou por regular a parceria para a inovação na Diretiva de um modo que vários autores consideram confuso e pouco claro. Desde logo porque o procedimento não está regulado de forma cronológica<sup>94</sup>, saltando-se entre as diferentes fases procedimentais, o que torna procedimento já de si complexo quase incompreensível numa primeira leitura. Concordamos inteiramente com este entendimento. Há também quem entenda que o procedimento está regulado não só de forma complexa, mas também insuficiente<sup>95</sup>, especialmente tendo em conta os potenciais riscos que pode acarretar para entidades adjudicantes e concorrentes.

É por esta razão que decidimos fazer uma breve análise do texto da Diretiva.

O Considerando 49 da Diretiva 2014/24/UE prevê a criação de *“uma parceria para a inovação a longo prazo tendo em vista o desenvolvimento e posterior*

---

<sup>94</sup> E. Badenhausen-Fähnle, “Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?”, (...), p.747

<sup>95</sup> E. Badenhausen-Fähnle, “Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?”, (...), p.747



*aquisição de produtos, serviços ou obras novos e inovadores, desde que estes produtos, serviços ou obras inovadores possam ser disponibilizados de acordo com níveis de desempenho e custos previamente acordados, sem haver necessidade de um procedimento de contratação separado para a aquisição.*” Temos logo aqui a intenção de criar um procedimento que agregue os mecanismos de desenvolvimento e a possibilidade de comercialização do produto desenvolvido durante a primeira fase. Chama-se também a atenção para o facto de a tramitação das parcerias para a inovação seguir no essencial o previsto para o procedimento por negociação, a necessidade de adjudicação se basear no critério da melhor relação qualidade/preço e as entidades adjudicantes terem a atenção de não lesar a concorrência através do uso deste procedimento.

O artigo 31.º da Diretiva não está estruturado de forma clara. É extenso e confuso e não segue a ordem cronológica do procedimento, o que dificulta a sua compreensão.

Começa, no n.º 1, por tratar da abertura do concurso, detalhando os elementos que devem estar integrados nos documentos do concurso, determinando que a autoridade adjudicante deve indicar produtos, bens ou serviços que não se encontrem já disponíveis no mercado, bem como indicar os elementos da descrição que correspondem aos requisitos mínimos. Determina ainda que *“As informações fornecidas devem ser suficientemente precisas de modo a permitir aos operadores económicos identificar a natureza e o âmbito da solução necessária e decidir se pretendem solicitar a participação no procedimento”*.

Em seguida, ainda no n.º 1, refere-se à possibilidade de a parceria para a inovação vir a ser estabelecida com mais do que um parceiro, desde que estes levem a cabo atividades de I&D distintas. Dispõe também que só poderão participar no concurso os operadores convidados pela entidade adjudicante, que o número de candidatos pode ser limitado e ainda que o critério de adjudicação será exclusivamente o da melhor relação qualidade-preço.

No primeiro parágrafo do n.º 2 é dada uma definição de parceria para a inovação, não se compreendendo porque é que o legislador não optou por colocá-la no n.º 1. O segundo parágrafo refere-se à *fase de execução*, determinando que a parceria deverá ser estruturada em fases sucessivas, que devem ser fixadas metas intermédias e que a remuneração deverá estar prevista em frações adequadas. O

terceiro parágrafo indica ainda a possibilidade de a entidade adjudicante pôr termo à parceria no fim de cada uma destas fases, ou reduzir o número de parceiros, desde que o indique previamente nos documentos do concurso.

O n.º 3 volta atrás na cronologia do procedimento, dispondo que as entidades adjudicantes deverão negociar as propostas apresentadas pelos proponentes, com exceção da proposta final, não podendo ser negociados os requisitos mínimos nem os critérios de adjudicação.

O n.º 4 refere-se ainda à negociação das propostas, alertando para a necessidade de garantir a igualdade de tratamento e de não serem fornecidas informações a um concorrente que o possam colocar em posição de vantagem face aos demais. Estabelece ainda um dever de informar os proponentes quanto a alterações a especificações técnicas ou outros documentos do concurso, salvo requisitos mínimos e um prazo para reformulação das propostas, caso necessário. Outro elemento relevante está regulado no segundo parágrafo do n.º 4, onde se determina que a autoridade adjudicante não pode comunicar informações confidenciais de um candidato a outro, sem a autorização do primeiro, que terá de ser específica àquela informação e não geral.

O n.º 5 refere-se também à negociação das propostas, indicando que estas poderão ocorrer em fases sucessivas, por forma a diminuir o número de propostas a negociar e com a aplicação dos critérios de adjudicação do anúncio de concurso. Esta escolha desta opção tem de estar expressamente prevista nos documentos do concurso.

O n.º 6 volta atrás novamente e refere-se aos critérios de selecção, determinando que devem ser especialmente aplicados *“os critérios relativos às capacidades dos candidatos no domínio da investigação e desenvolvimento, bem como no desenvolvimento e implementação de soluções inovadoras”*. O segundo parágrafo parece redundante face ao regime vigente, lembrando apenas que só os operadores convidados podem apresentar projetos de inovação. O terceiro parágrafo refere-se aos direitos de propriedade intelectual, repetindo quase *verbatim* o referido no n.º 3 sobre as informações confidenciais em geral, com destaque para o decurso da parceria.

Por fim, o n.º 7 dispõe que a autoridade adjudicante garanta *“(...) a estrutura da parceria e, em especial, a duração e o valor das diferentes fases reflectam o grau*

*de inovação da solução proposta e a sequência das atividades de investigação e inovação (...)*” e ainda que o valor a pagar não seja desproporcionado em relação ao desenvolvimento em causa.

Entendemos que seria útil uma enunciação mais clara e, mais estruturada por parte do legislador.

## 2.2 O Código dos Contratos Públicos revisto

A proposta de Diretiva não previa a obrigatoriedade da transposição do procedimento<sup>96</sup>, mas a Diretiva 2014/24/UE determina nos termos do n.º 3 do artigo 26.º que os Estados-Membros transponham as parcerias para a inovação para os respetivos regimes.

A última revisão ao Código dos Contratos Públicos (CCP), que transpõe estas Diretivas, foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017 de 31 de agosto de 2017 e entrou em vigor em 1 de janeiro de 2018.

No que toca às parcerias para a inovação, o regime transposto para o CCP reproduz no essencial o regime previsto nas Diretivas, embora esteja redigido de forma mais estruturada e clara. Propomo-nos fazer neste segmento uma breve análise da transposição para a legislação nacional em relação às parcerias para a inovação, nos mesmos termos que se fez acima para as Diretivas.

Entre o anteprojecto do Código e o CCP revisto pouco se alterou no regime das parcerias para a inovação.

O n.º 5 do artigo 17.º determina que o valor do contrato das parcerias para a inovação tenha em conta *“o valor das atividades de investigação e desenvolvimento a terem lugar em todas as etapas da parceria prevista, bem como dos fornecimentos, dos serviços ou das obras a serem desenvolvidos e adquiridos no final da parceria”*.

O artigo 30.º-A determina a possibilidade de a entidade adjudicante escolher o procedimento da parceria para a inovação, caso procure *“(...) a realização de atividades de investigação e o desenvolvimento de bens, serviços ou obras inovadoras, independentemente da sua natureza e das áreas de atividade, tendo em vista a sua aquisição posterior, desde que estes correspondam aos níveis de*

---

<sup>96</sup> Comissão Europeia - COM(2011) 896 final, Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos, Bruxelas, 20.12.2011

*desempenho e preços máximos previamente acordados (...)*” É uma disposição idêntica ao primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 31.º da Diretiva.

Estabelece-se nos n.ºs 3 e 4 do artigo 36.º que o recurso à parceria para a inovação deve ser fundamentado com recurso à avaliação custo-benefício prevista no n.º 3 a partir dos €2 500 000, ao contrário do limite de €5 000 000 aplicáveis aos demais contratos. Parece assim que o legislador entendeu que o recurso a este contrato, mesmo quando tenha um valor mais baixo, implica uma análise mais cuidada dos fundamentos em causa.

As peças procedimentais da parceria para a inovação são, nos termos da alínea g) do artigo 40.º *“o anúncio, o programa do procedimento, o convite à apresentação de propostas e o caderno de encargos”*.

O artigo 218.º-A descreve o regime pré-contratual da parceria para a inovação. Determina que esta integra três fases: apresentação das candidaturas, apresentação de propostas de projetos de investigação e desenvolvimento e análise das propostas de projetos de investigação e celebração da parceria. Permite-se alguma flexibilidade à entidade adjudicante em relação a estas fases, *“em função da complexidade e relevância financeira da parceria a celebrar”*.

O n.º 2 do mesmo artigo remete-nos, com as necessárias adaptações, para o artigo 167.º, que trata do anúncio de concurso no concurso limitado por prévia qualificação, o que faz sentido já que a parceria para a inovação começa também com uma fase de qualificação.

O n.º 3 determina o que deve estar incluído nas peças do procedimento, tendo respondido às exigências da Diretiva quanto à descrição da parceria: alínea a), *“Identificar a necessidade de bens, serviços ou obras inovadores que não possam ser obtidos mediante a aquisição de bens, serviços ou obras já disponíveis no mercado, indicando ainda os requisitos mínimos que concretizam a necessidade;”*, à questão da propriedade intelectual; *“b) Definir as disposições aplicáveis aos direitos de propriedade intelectual”*; e, na alínea c), quanto aos *“requisitos inerentes às capacidades que os concorrentes devem possuir no domínio da investigação e desenvolvimento, bem como no desenvolvimento e implementação de soluções inovadoras.”*

O n.º 4 reforça a ideia do Considerando 49 da Diretiva, de que a parceria não deverá ser usada para restringir ou falsear a concorrência.

O n.º 5<sup>97</sup> remete para a aplicação subsidiária do regime aplicável ao procedimento por negociação.

O artigo 218.º-B regula o convite à apresentação de propostas de projetos de investigação e desenvolvimento e o n.º 4 limita o número de propostas a apresentar a uma por concorrente.

O artigo 218.º-C refere-se à negociação das propostas, indicando que deverão ser negociadas as propostas iniciais de cada um e as propostas subsequentes, com exceção das propostas finais. O n.º 2 refere que deve ser utilizado como critério de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º - a modalidade que implica a análise de outros fatores para lá do preço<sup>98</sup>, que não pode, ele mesmo, ser objeto de negociação.

O artigo 218.º-D tem por epígrafe a *“Análise das propostas e celebração da parceria”*, começa por remeter para a tramitação geral prevista para o concurso público. O n.º 2 corresponde ao terceiro parágrafo do n.º 1 da Diretiva, dispondo a possibilidade de a parceria ser celebrada com mais de um concorrente. As restantes disposições deste artigo reportam-se já à fase de execução da parceria: prevê-se a sua estrutura em fases (n.º 3); com metas intermédias e remuneração dos parceiros em frações (n.º 4); exige-se que a duração e valor das várias fases reflitam o grau de inovação da solução proposta (n.º 6); que este valor não deverá ser desproporcionado face ao investimento exigido (n.º 7); e, por último, a possibilidade de a entidade adjudicante pôr termo à parceria no final de cada fase, ou reduzir o número de parceiros, desde que tal esteja previamente previsto (n.º 5).

Trata-se de uma redação que, apesar de nada acrescentar na prática ao previsto na Diretiva, tirando as adaptações necessárias para adaptar este regime no modelo do CCP, está redigida de uma forma mais clara e sequencial, o que é de louvar.

O artigo 301º-A reconhece ainda a parceria para a inovação como um *“contrato com forte componente de inovação”*, abrindo a possibilidade de se definirem as prestações contratuais *“por referência aos resultados a atingir, sem, no*

---

<sup>97</sup> Não estava no anteprojecto.

<sup>98</sup> Este elemento estava ausente do anteprojecto.

*entanto, haver garantia de obtenção dos mesmos*". Naturalmente, encaixa muito bem na lógica da parceria para a inovação, uma vez que é inteiramente possível que, de facto, não sejam encontrados resultados para a solução procurada. A definição da prestação contratual em termos de resultados em geral é também especialmente aqui indicada, dada a potencial indefinição do objeto contratual no caso de uma parceria para a inovação, por causa da sua natureza específica.

A alínea b) do artigo 301.º - A permite, de forma penosa para o parceiro privado, a possibilidade de *adoptar "mecanismos de pagamento associados ao grau de obtenção dos objetivos e resultados, podendo dar origem a situações de ausência de remuneração, com ou sem reembolso dos valores despendidos, bem como a situações em que a remuneração apenas se torna certa após o final da execução das prestações do co-contratante"*. Parece-nos um regime que, dando alguma segurança ao contraente público em projetos arriscados para o erário público que podem não obter resultados, fá-lo em detrimento do parceiro privado, que se vê na circunstância de poder não ser remunerado por um investimento avultado, e pode nem sequer direito a reembolso pelos valores que investiu. Este é um regime desenhado para desincentivar a participação dos agentes económicos privados neste tipo de procedimento – a juntar a todos os custos, à complexidade e aos potenciais problemas que este procedimento já acarreta só por si.

Na alínea c) prevê-se que nos pagamentos associados a resultados sejam previstos indicadores que permitam quantificar o grau de obtenção, até através do recurso a avaliações independentes.

A alínea d) prevê um faseamento adequado à execução do contrato e ao grau de obtenção de objetivos, bem como poderes de fiscalização por parte do contraente público.

A alínea e) permite a flexibilidade das prestações contratuais e dos indicadores dos resultados, respeitando-se as modificações objetivas através da previsão de cenários alternativos.

A alínea f) permite o que em relação às parcerias para a inovação já está disposto no artigo 218.º-D, mas parece contrariar de certo modo a alínea b) do 301.º-A, ao determinar que o contraente público ponha termo ao contrato *"em fases intermédias de avaliação dos resultados, sem outra compensação além do pagamento dos valores despendidos com a tentativa de obtenção dos resultados."*,

quando a referida alínea, como já se viu, permite “*situações de ausência de remuneração, com ou sem reembolso dos valores despendidos*”(ênfase nosso). Talvez o que se pretenda dizer na alínea b) é que, em termos gerais este tipo de contratos pode prever situações em que, estando tudo concluído, pode não haver reembolso pelas despesas se os objetivos não forem alcançados. De outra forma a alínea f) dirige-se especificamente à circunstância de se terminar o contrato numa fase intermédia e, assim, dever haver compensação dos valores despendidos pelo parceiro privado.

Ao contrário dos demais que se limitam a transcrever a Diretiva, este artigo acrescenta elementos novos ao regime das parcerias para a inovação, concretizando alguns aspetos.

### 3. A relação entre a parceria para a inovação e outros procedimentos

A parceria para a inovação é semelhante a procedimentos já existentes, nomeadamente aos procedimentos pré-comerciais, ao procedimento por negociação e ao diálogo concorrencial, e alguns autores questionam a criação de um procedimento novo<sup>99</sup>.

#### 3.1 Procedimentos pré-comerciais

Os procedimentos pré-comerciais de investigação e desenvolvimento foram uma das soluções criadas pela Comissão para a promoção da inovação, antes da parceria para a inovação. Correspondem essencialmente à fase de investigação e desenvolvimento na parceria para a inovação, sem o elemento da comercialização. Servem, assim, exclusivamente para desenvolver ou criar novos bens, serviços ou obras, sem que esteja prevista a sua aquisição pela Administração e subsequente comercialização.

A Comissão Europeia procurou com estes procedimentos aumentar a segurança jurídica em torno da contratação de soluções de investigação e

---

<sup>99</sup> M. Raimundo “Uma primeira análise das novas directivas (parte II)”, Revista de Contratos Públicos, nº10, Coimbra, 2014

desenvolvimento, bem como encorajar as entidades adjudicantes a recorrerem a este tipo de contratação<sup>100</sup>.

Estes procedimentos permitem à entidade adjudicante desenvolver, em cooperação com o concorrente, soluções inovadoras, sem que seja necessário adquiri-las a título exclusivo. Os riscos e benefícios destas soluções poderão ser partilhados com outras empresas, que venham a desenvolver produtos mais competitivos do que os existentes no mercado naquele momento<sup>101</sup>. Há autores entendem que a aquisição em exclusivo é prejudicial à ideia de inovação, uma vez que pode eliminar incentivos de maneira injustificada<sup>102</sup>.

O artigo 14.º da Diretiva clarifica que a Diretiva continuará sem se aplicar a este tipo de procedimentos, salvo se os benefícios forem exclusivamente para a entidade adjudicante ou se o serviço for inteiramente remunerado pela entidade adjudicante<sup>103</sup>. Nesses casos a entidade adjudicante está obrigada a recorrer a um procedimento pré-contratual, enquanto nos demais pode celebrar um contrato de inovação excluído do âmbito de aplicação da Diretiva e mais flexível<sup>104</sup>.

A principal razão para estes procedimentos estarem excluídos do âmbito da Diretiva está na possibilidade de permitir uma distribuição de riscos entre a entidade adjudicante e os privados no que toca a projetos de inovação em desenvolvimento, permitindo explorar diferentes soluções, sem que haja um compromisso quanto à produção em larga escala<sup>105</sup>.

Apesar de não estarem sujeitos às regras das Diretivas, os procedimentos pré-comerciais estão ainda assim sujeitos às regras europeias sobre a concorrência. Isto significa que devem observar critérios como da não discriminação e da transparência. Para cumprir estes requisitos, a entidade adjudicante deve tomar à partida uma decisão sobre a distribuição de riscos e benefícios e deixá-lo claro nas peças processuais<sup>106</sup>.

---

<sup>100</sup> A. R. Apostol, “Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?”, (...), p.1

<sup>101</sup> M.A. Bernal Blay “The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation”, (...),p.6

<sup>102</sup> Idem

<sup>103</sup> Idem,p.5

<sup>104</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...),p.3

<sup>105</sup> M.A. Bernal Blay “The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation”, (...),p.5,6

<sup>106</sup> A. R. Apostol, “Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?”, (...), p.4



O recurso aos procedimentos pré-comerciais tem sido limitado, face ao universo total da contratação pública<sup>107</sup>.

As entidades adjudicantes podem recorrer aos procedimentos pré-comerciais para resolver necessidades próprias, desenvolver soluções para problemas sociais ou para criar soluções para as necessidades partilhadas da entidade adjudicante e de outros consumidores<sup>108</sup>.

Os procedimentos pré-comerciais cobrem apenas os aspetos de “*applied R&D*” e não a pesquisa de base<sup>109</sup>.

As entidades adjudicantes deverão, assim, decidir à partida o que fazer quanto à divisão de riscos e benefícios e deverão publicar estes elementos nos documentos do concurso<sup>110</sup>. Em especial, as questões como a distribuição de direitos de propriedade intelectual não devem ser objeto de negociação depois da escolha dos participantes<sup>111</sup>.

Existe algum risco de poder ser classificados como auxílios estatais, já que, apesar de se presumir que os contratos celebrados ao abrigo dos procedimentos previstos nas Diretivas não constituem auxílios estatais, os procedimentos pré-comerciais *não são* regulados nas Diretivas<sup>112</sup>.

A Comunicação da Comissão Europeia sobre Contratos Pré-Comerciais esclarece, contudo, que os procedimentos pré-comerciais não deverão ser considerados auxílios estatais que violam o disposto no artigo 107.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>113</sup>.

A entidade adjudicante deve procurar assegurar a existência de um preço de mercado. Neste sentido, a Comissão delineou as seguintes opções no caso de a entidade adjudicante pretender reservar o produto em exclusivo para si: a

---

<sup>107</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...), p.3

<sup>108</sup> A. R. Apostol, “Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?”, (...), p.3

<sup>109</sup> Idem, p.4

<sup>110</sup> Idem

<sup>111</sup> A. R. Apostol, “Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?”, (...), p.4

<sup>112</sup> M.A. Bernal Blay “The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation”, (...), p.6

<sup>113</sup> Comissão Europeia - COM (2007) 799 final, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité Das Regiões, Contratos pré-comerciais: promover a inovação para garantir serviços públicos sustentáveis de alta qualidade na Europa, Bruxelas, 14.12.2007, “*In pre-commercial procurement the public purchaser chooses not to reserve the R&D results exclusively for its own use. As defined in section 1, pre-commercial procurement is an approach to procuring R&D services which involves risk-benefit sharing and does not constitute State aid*”

entidade adjudicante deve determinar o preço máximo que pretende pagar pelos serviços de R&D, com base no cálculo do preço a pagar pelo desenvolvimento exclusivo, menos o valor de mercado atual das oportunidades de comercialização<sup>114</sup>. Em alternativa, a Comissão sugere que se solicite aos concorrentes que proponham a redução do valor que estão dispostos a aceitar, em troca pelos benefícios de propriedade intelectual. Propõe-se também a inclusão de um perito financeiro no júri do procedimento pré-comercial, a quem caberia a tarefa de analisar se estas propostas estariam conformes às condições normais de mercado<sup>115</sup>.

A Comunicação da Comissão sobre os procedimentos pré-comerciais<sup>116</sup> sugere uma estrutura dividida em três fases: a primeira corresponde à exploração de soluções; a segunda à criação de protótipos; e a terceira ao desenvolvimento de um número limitado de primeiros produtos numa série de testes, seguidas da produção para fins comerciais<sup>117</sup>. O número de concorrentes é tipicamente reduzido de uma fase para a outra<sup>118</sup>. Deve existir pelo menos dois participantes na fase final<sup>119</sup>. A comercialização será feita posteriormente através de outro contrato.

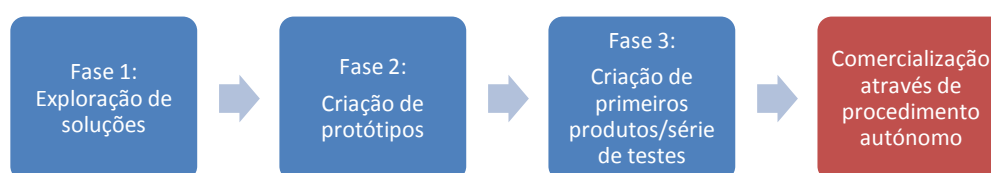


Fig 1. Estrutura dos procedimentos pré-comerciais<sup>120</sup>

<sup>114</sup> A. R. Apostol, “Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?”, (...), p.4

<sup>115</sup> Idem

<sup>116</sup> Comissão Europeia - COM (2007) 799 final, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité Das Regiões, Contratos pré-comerciais: promover a inovação para garantir serviços públicos sustentáveis de alta qualidade na Europa, Bruxelas, 14.12.2007

<sup>117</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), p.1058

<sup>118</sup> M. Fehling, „Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren“, (...), p.679

<sup>119</sup> A. R. Apostol, “Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?”, (...), p.3-4

<sup>120</sup> Elaborado com base na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité Das Regiões, Contratos pré-comerciais: promover a inovação

Nada impede as entidades adjudicantes de utilizarem outros modelos contratuais, dado que não existe uma obrigação do Direito Europeu de utilizar um modelo específico<sup>121</sup>. Uma das vantagens que os procedimentos pré-comerciais têm sobre os procedimentos previstos nas Diretivas está precisamente no facto de serem mais flexíveis e mais céleres e por terem de observar menos requerimentos formais<sup>122</sup>.

As entidades adjudicantes podem optar pelo desenvolvimento exclusivo da inovação, para garantir o desenvolvimento de um projeto, mesmo quando existe a possibilidade de o parceiro contratual ser substituído. Quer dizer que a entidade contratante reserva para si todos os resultados do processo de investigação e desenvolvimento, em vez de os partilhar com o mercado ou permitir ao cocontratante fazer uso destes resultados para outros clientes. Daqui resulta necessariamente o estabelecimento de um preço mais alto para a investigação e desenvolvimento<sup>123</sup>. A opção pela reserva a favor da entidade adjudicante dos resultados do contrato desencadeia também, por força do artigo 14.º, a aplicação da Diretiva a estes procedimentos.

No caso de a entidade adjudicante reservar para si os resultados do procedimento pré-comercial de investigação e desenvolvimento, pode haver uma limitação à inovação, uma vez que outros concorrentes não podem, sem mais, desenvolver melhorias aos produtos<sup>124</sup>.

Os procedimentos pré-comerciais são complexos e, como não incluem a fase de comercialização, geram o risco para os concorrentes de dispêndio de tempo e dinheiro a desenvolver soluções que depois podem vir a ser comercializadas por outros. Este é um dos problemas que as parcerias para a inovação procuram colmatar, ao juntar a investigação e desenvolvimento e a comercialização num mesmo procedimento.

---

para garantir serviços públicos sustentáveis de alta qualidade na Europa, Bruxelas, 14.12.2007, COM (2007) 799 final

<sup>121</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...), p.3

<sup>122</sup> Idem, p.4

<sup>123</sup> Idem

<sup>124</sup> M. Fehling, „Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren“, (...), p.679

Porém, há quem entenda ser útil a separação entre investigação e desenvolvimento e comercialização, uma vez que os resultados da investigação e desenvolvimento podem não ser sempre satisfatórios<sup>125</sup>.

Por outro lado, a separação dos dois elementos significa que o concorrente teria de participar no procedimento pré-comercial para a investigação e desenvolvimento e também noutro procedimento subsequente para a comercialização.

Gera-se também o risco do cocontratante se ver excluído do procedimento que conduz à comercialização, por ter participado anteriormente no procedimento pré-comercial<sup>126</sup> e por isso possuir conhecimento e/ou propriedade intelectual específicos e poder oferecer o produto por um preço mais baixo<sup>127</sup>.

Se optar pelo procedimento posterior para a comercialização, a entidade adjudicante tem também a obrigação de estabelecer critérios que não favoreçam o concorrente que participou no procedimento pré-comercial. Esta divisão de riscos e benefícios implica também a divisão dos direitos de propriedade intelectual entre a entidade adjudicante e o cocontratante<sup>128</sup>.

Antes da parceria para a inovação, tínhamos duas principais opções para a contratação de serviços inovadores: ou se recorria ao procedimento pré-comercial para uma primeira fase de investigação e desenvolvimento e a outro procedimento para a comercialização; ou se fazia ambas as coisas num só procedimento, como o procedimento por negociação ou o diálogo concorrencial<sup>129</sup>.

### 3.2 Diálogo Concorrencial e Procedimento por Negociação

A parceria para a inovação tem uma relação especialmente próxima com o procedimento por negociação e o diálogo concorrencial.

Estes três procedimentos têm vários aspetos em comum. Desde logo, como o diz Miguel Raimundo, *“As patentes semelhanças entre eles incluem o facto de todos*

---

<sup>125</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...), p.3,4

<sup>126</sup> Idem, p.5

<sup>127</sup> A. R. Apostol, “Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?”, (...), p.8

<sup>128</sup> M. Fehling, „Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren“, (...), p.679

<sup>129</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...), p.2

*terem uma fase de qualificação, serem procedimentos de utilização restrita e nos quais releva o carácter inovador do objeto a contratar, e nos quais o procedimento se desenvolve por aproximações e contratos sucessivos (a fase de diálogo no diálogo concorrencial e as fases de negociação nos outros dois)”*.<sup>130</sup>

Alguns autores, como Bernal Blay<sup>131</sup>, entendem que as semelhanças são de tal ordem que existem dificuldades em considerar a parceria para a inovação um verdadeiro procedimento.

A parceria para a inovação tem, desde logo, uma relação especialmente próxima com o procedimento por negociação, em especial com a modalidade com publicidade<sup>132</sup>, uma vez que se lhe aplicam subsidiariamente as regras destinadas a este último, por via do Considerando 49 da Diretiva 2014/24/EU e do n.º 5 do artigo 218.º-A do CCP revisto.

De facto, a tramitação pré-contratual da parceria para a inovação é essencialmente idêntica a este procedimento, salvo algumas especificidades. Existe uma fase de qualificação, uma fase obrigatória de negociação sucessiva das várias propostas e, por último, uma adjudicação.

Porém, parece que, ao contrário deste procedimento, não se prevê que possa haver adjudicação sem negociação quando a entidade adjudicante preveja essa possibilidade. Arrowsmith entende que tal significa que deve haver sempre e obrigatoriamente negociação no caso das parcerias para a inovação<sup>133</sup>.

Tal como no diálogo concorrencial, na para a inovação o mercado não tem resposta imediata para aquilo que a entidade adjudicante pretende e existe uma *“actuação conjunta e colaborativa com os agentes económicos para chegar ao resultado pretendido”*<sup>134</sup>.

Porém, na parceria para a inovação não há um desenvolvimento conjunto do caderno de encargos com os vários concorrentes ao contrário daquele procedimento. Existe uma negociação dos vários elementos das propostas e a execução também pode envolver alguma negociação e concorrência.

---

<sup>130</sup> M. Raimundo “Uma primeira análise das novas directivas (parte II)”, (...)

<sup>131</sup> M.A. Bernal Blay “The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation”, (...),p.7

<sup>132</sup> Idem

<sup>133</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...),p.1055

<sup>134</sup> M. Raimundo “Uma primeira análise das novas directivas (parte II)”, (...)

Tal como a parceria para a inovação, aqueles procedimentos não devem ser usados para a aquisição de produtos, bens ou serviços “off the shelf.”<sup>135</sup>

Um problema que as entidades adjudicantes têm tido com o diálogo concorrencial e o procedimento por negociação é a dificuldade em identificar, prever custos ou descrever a necessidade de uma solução inovadora<sup>136</sup>. Este problema mantém-se na parceria para a inovação, que dificulta estas escolhas, uma vez que o produto inovador que se procura não existe ainda.

A diferença essencial entre aqueles procedimentos e a parceria para a inovação reside no elemento caracterizador das parcerias para a inovação: estas só se aplicam quando a solução buscada pela entidade adjudicante é inovadora e não está disponível no mercado. O diálogo concorrencial e o procedimento por negociação partem do princípio que *existe* solução no mercado e pode haver dificuldades em a entidade adjudicante determinar os meios adequados ou as soluções que o mercado oferece que mais se ajustam ao que procura<sup>137</sup>. A parceria para a inovação parte do ponto de partida oposto, pois assume que *não existe* solução no mercado.

Para além da questão do âmbito de aplicação as principais diferenças entre estes procedimentos estão nas disposições aplicáveis à fase de execução.

### 3.3 A escolha da parceria para a inovação

É o âmbito de aplicação que distingue, no essencial a parceria para a inovação daqueles dois procedimentos. A parceria para a inovação destina-se apenas ao desenvolvimento de produtos “inovadores”, cujo conceito inclui a novidade do bem produto ou serviço e a sua ausência do mercado. A nosso ver, é a ausência do bem, serviço ou obra em questão do mercado que é especialmente distintiva, neste sentido também, Badenhausen-Fähnle<sup>138</sup>. O procedimento por

---

<sup>135</sup> J. Davey, “Procedures involving negotiation in the new Public Procurement Directive: key reforms to the grounds for use and the procedural rules”, *Public Procurement Law Review*, 3, p.3

<sup>136</sup> S. Younis Augusto de Matos, “Novos tipos de procedimentos pré-contratuais”, in: *Atas da Conferência “A REVISÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS”*, Lisboa, 2016, p.65

<sup>137</sup> L. Hettich, *Das neue Vergaberecht : eine systematische Darstellung der neuen EU-Vergaberichtlinien 2014*, Köln, 2014, Bundesanzeiger-Verl., p.34

<sup>138</sup> E. Badenhausen-Fähnle, “Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?”, (...), p.745 „Maßgebliches Abgrenzungskriterium der Innovationspartnerschaft zum Wettbewerblichen Dialog und zum Verhandlungsverfahren ist folglich die Verfügbarkeit des Beschaffungsgegenstandes auf dem Markt. Die scheinbare Überschneidung der

negociação e o diálogo concorrencial podem ser utilizados para contratos que envolvam bens, serviços ou obras inovadores, enquanto a parceria para a inovação está desenhada com o intuito específico de se aplicar às situações em que o bem, serviço ou obra procurado pela administração ainda não existe no mercado. Tal está bem visível na fase de execução da parceria para a inovação, em que existe por um lado o desenvolvimento deste bem, serviço ou obra, e por outro lado a sua aquisição.

Face ao acima exposto quanto aos procedimentos com os quais as parcerias para a inovação têm mais em comum, cabe entender as circunstâncias em que a entidade adjudicante deverá optar pela parceria para a inovação em detrimento dos demais procedimentos e se essa escolha é ou não vinculada.

O âmbito de aplicação das parcerias para a inovação estende-se, desde logo, aos casos em que se procura efetivamente um produto inovador, sem presença no mercado. Este é o critério essencial para o recurso à parceria para a inovação em qualquer circunstância, quer se coloque a opção de escolha de outros procedimentos ou não.

A parceria para a inovação não poderia, deste modo, ser usada para produtos “*off the shelf*”, que já existam no mercado<sup>139</sup>.

A parceria para a inovação não é, contudo, o único procedimento que pode ser utilizado no desenvolvimento de soluções inovadoras. Existe uma sobreposição entre o âmbito de aplicação da parceria para a inovação e o do diálogo concorrencial e procedimento por negociação.

Existem posições divergentes quanto ao que fazer perante uma situação de sobreposição. Para alguns autores<sup>140</sup>, trata-se apenas de uma expressão da flexibilidade que a Comissão pretende conferir às entidades adjudicantes nacionais na escolha do procedimento a adotar, e a escolha será essencialmente livre. Para outros, a escolha está condicionada pelas características específicas da parceria para a inovação.

---

Anwendungsbereiche der drei Verfahren löst sich auf. (...)“– (O critério decisivo para distinguir entre a Parceria de Inovação e o diálogo concorrencial e o procedimento por negociação é, portanto, a disponibilidade do bem a adquirir no mercado. A aparente sobreposição dos campos de aplicação dos três procedimentos desaparece.)

<sup>139</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), p. 1051

<sup>140</sup> L. Hettich, *Das neue Vergaberecht : eine systematische Darstellung der neuen EU-Vergaberichtlinien 2014*, (...), p. 34

Arrowsmith<sup>141</sup> entende que a Administração deverá poder optar pela parceria pela inovação, mas não está obrigada a fazê-lo em situações de sobreposição entre esta e o procedimento por negociação, uma vez que tal obrigação poderia criar um elemento de incerteza legal. Rosenkötter<sup>142</sup> parece também entender que a Administração tem aqui discricionariedade na escolha do procedimento. De igual modo, Hettich entende que se trata de dar o máximo de flexibilidade à Administração na escolha do procedimento<sup>143</sup>.

Badenhausen-Fähnle<sup>144</sup> entende que caso a entidade adjudicante opte pela parceria para a inovação numa situação em que o bem, serviço ou obra em causa já existia efetivamente no mercado, se trataria de um erro na escolha do procedimento, uma vez que fazer o contrário seria recompensar a Administração pela sua ignorância.

Pode, porém, ser, em termos técnicos, difícil à entidade adjudicante determinar (e provar, se for caso disso) se a solução que busca não pode ser satisfeita por qualquer produto, bem ou serviço existente no mercado.<sup>145</sup> Tal tem especial relevância se se entender que a escolha da parceria para a inovação apenas é aceitável se estiverem preenchidos os pressupostos desta e que existe um erro na escolha do procedimento em caso contrário.

Em geral, concordamos que não tem sentido limitar a escolha da Administração no caso de contratos a que se possam aplicar à parceria para a inovação, ou ao procedimento por negociação ou o diálogo concorrencial. A situação é, contudo, diferente nos casos em que a Administração escolhe a parceria para a inovação não estando verificados os pressupostos na mesma. Aí teríamos que concordar com Rosenkötter<sup>146</sup>, uma vez que aplicar o procedimento da parceria para a inovação a produtos que estejam de facto no mercado não faz sentido face à tramitação do contrato. Também neste sentido, e visto que são subsidiariamente aplicáveis à parceria para a inovação as regras do procedimento

---

<sup>141</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), p.1050

<sup>142</sup> A. Rosenkötter, „Die Innovationspartnerschaft“, (...), p.198

<sup>143</sup> L. Hettich, *Das neue Vergaberecht : eine systematische Darstellung der neuen EU-Vergaberichtlinien 2014*, (...), p.34

<sup>144</sup> E. Badenhausen-Fähnle, „Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?“, (...), p.747

<sup>145</sup> A. Rosenkötter, „Die Innovationspartnerschaft“, (...), p.198

<sup>146</sup> Idem



por negociação, releva a ideia de estes procedimentos não serem utilizados para produtos “*off the shelf*”.

Não se pode dizer que exista uma relação de subsidiariedade entre a parceria para a inovação e o diálogo concorrencial e procedimento por negociação, já que para produtos que ainda não existem no mercado, não há, na verdade, um procedimento alternativo à parceria para a inovação<sup>147 148</sup>.

Em sentido contrário, Fehling entende que, já que a remissão para as regras do procedimento por negociação não se aplica apenas às circunstâncias em que não esteja nada especificamente regulado para as parcerias para a inovação, mas também àquelas em que estas regras não sejam compatíveis com o sentido e fim das parcerias, não há verdadeira subsidiariedade<sup>149</sup>.

Sara Augusto de Matos entende ainda, no contexto nacional, que para fundamentar a escolha da parceria para a inovação se poderia recorrer a uma consulta preliminar ao mercado<sup>150</sup>, designadamente no sentido de averiguar se já existe ou não uma solução adequada.

#### 4. Tramitação da parceria para a inovação

##### 4.1 Tramitação do procedimento em geral

Nos termos do Considerando 49 da Diretiva, a parceria para a inovação segue as regras aplicáveis ao procedimento por negociação, no que não estiver especialmente regulado. A parceria para a inovação, tem, contudo, algumas especificidades de tramitação que cabe analisar de seguida.

Tal como no procedimento por negociação e no diálogo concorrencial, a Diretiva concede às entidades adjudicantes flexibilidade na forma como escolhem estruturar o procedimento<sup>151</sup>. O mesmo se passa na versão revista e transposta para o CCP. Contudo, tal não significa que não exista uma tramitação “*standard*” que sirva de modelo às entidades adjudicantes, através do recurso ao desenvolvimento trifásico dos procedimentos pré-comerciais, por exemplo.

---

<sup>147</sup> E. Badenhausen-Fähnle, “Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?”, (...),p.746

<sup>148</sup> C. Krönke, §119, Abs. 7 Innovationspartnerschaft, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*(...)

<sup>149</sup> M. Fehling, „Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren“, (...),p.675

<sup>150</sup> S. Younis Augusto de Matos, “Novos tipos de procedimentos pré-contratuais”, (...),p.72

<sup>151</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...),p.1055

Dobmann<sup>152</sup>, Badenhausen-Fähnle<sup>153</sup> e Krönke<sup>154</sup> dividem a parceria para a inovação em três fases: a primeira da qualificação, a segunda da negociação e a terceira da parceria para a inovação *stricto sensu*, ou execução da parceria para a inovação. Esta última já não tem natureza pré-contratual.

Porém, a nosso ver, faz sentido autonomizar a adjudicação em relação à negociação. Ficaríamos assim com três fases pré-contratuais - qualificação, negociação e adjudicação - e uma fase contratual de execução, que se subdividiria em duas - investigação e desenvolvimento e comercialização. Na fase de investigação e desenvolvimento, a entidade adjudicante deve procurar estabelecer metas intermédias que permitam a avaliação destes elementos no decurso da parceria.



Fig.2 Tramitação da parceria para a inovação

## 4.2 Tramitação da fase pré-contratual

### 4.2.1A qualificação e os critérios de escolha

O procedimento inicia-se nos termos gerais com a publicação de um aviso.

A entidade adjudicante tem de identificar nas peças procedimentais a necessidade de um produto, bem ou serviço inovador. Esta informação deve ser suficientemente precisa para permitir aos potenciais concorrentes identificar a

<sup>152</sup> V. Dobmann, *Das neue Vergaberecht : GWB, VgV, SektVO, KonzVgV, VOB/A-EU*, (...) §109-112

<sup>153</sup> E. Badenhausen-Fähnle, “Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?”, (...), p.748

<sup>154</sup> C. Krönke, §119, Abs. 7 Innovationspartnerschaft, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, (...)

natureza e âmbito da solução procurada e decidir se pretendem ou não participar no procedimento<sup>155</sup>.

Deve também indicar as metas, descrição dos bens ou serviços a adquirir, os requisitos mínimos, critérios de adjudicação e as informações relativas à redução do número de concorrentes<sup>156</sup>. Alguns autores entendem que a descrição pode ser feita com a ajuda dos concorrentes, já que são eles que detêm o conhecimento relevante para o desenvolvimento destes produtos.<sup>157</sup>

Esta descrição terá de ser, na prática, pelo menos numa fase inicial, meramente funcional – a inexistência do produto no mercado implica que este só poderá ser definido através de características funcionais<sup>158</sup>.

O recurso a uma descrição meramente funcional, através da descrição do objectivo a atingir e não tanto do produto, ajuda também a encorajar a criatividade dos parceiros e a permitir soluções mais inovadoras.<sup>159</sup>

A referência aos requisitos mínimos estava ausente das propostas da Comissão. A sua inclusão pode ser benéfica para garantir a concorrência, transparência e igualdade de oportunidades no procedimento<sup>160</sup>.

Discute-se se a entidade adjudicante deveria referir logo no anúncio de concurso se pretende celebrar a parceria para a inovação com mais de um parceiro<sup>161</sup>. A circunstância de a parceria se vir a celebrar com vários parceiros é relevante para a avaliação por parte dos agentes económicos das possibilidades de

---

<sup>155</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), p.1053

<sup>156</sup> R. Leinemann, E. Leinemann, T. Kirch, M. Büdenbender, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge : GWB-Vergaberecht, VgV, KonzVgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, : Erläuterung aller Vergabeordnungen, Nachprüfung von Vergabeverfahren, Vergabestrafrecht, Compliance*, Köln, Bundesanzeiger Verlag, 2016, p.155

<sup>157</sup> R. Leinemann, E. Leinemann, T. Kirch, M. Büdenbender, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge : GWB-Vergaberecht, VgV, KonzVgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, : Erläuterung aller Vergabeordnungen, Nachprüfung von Vergabeverfahren, Vergabestrafrecht, Compliance*, Köln, Bundesanzeiger Verlag, 2016, p.155 „Die Leistungsbeschreibung kann aufgrund der mit diesem Verfahren beabsichtigten Neuschaffung einer Leistung auf den Bieter zu übertragen, denn nur so kann das Know-how und Wissen des Unternehmens in den Entwicklungsprozess einfließen.“ – (A descrição pode ser transferida para o concorrente com base no produto proposto para este procedimento, pois só assim o know-how e o conhecimento da empresa podem ser incorporados no processo de desenvolvimento)

<sup>158</sup> E. Badenhausen-Fähnle, “Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?”, (...), p.749

<sup>159</sup> C.Edquist, N.S.Vonortas, J.M.Zabala-Iturriagoitia, “Introduction”, (...), p.13

<sup>160</sup> E. Badenhausen-Fähnle, “Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?”, (...), p.749

<sup>161</sup> A. Rosenkötter, „Die Innovationspartnerschaft“, (...), p.199

sucesso e dos riscos envolvidos<sup>162</sup>. Badenhausen-Fähnle entende ainda que deveria ser aqui feita referência ao número mínimo e máximo de concorrentes nas peças do procedimento<sup>163</sup>.

A parceria para a inovação começa com um procedimento de qualificação prévia. Dada a natureza da parceria para a inovação, exigem-se critérios de escolha específicos, que avaliem a capacidade dos concorrentes ao nível da investigação e desenvolvimento, bem como a sua capacidade de criação e aplicação de soluções inovadoras<sup>164</sup>.

A entidade adjudicante deve escolher pelo menos três concorrentes, entre os que se qualificaram, para passar à fase seguinte.

O n.º 6 do artigo 31.º da Diretiva determina que *“as autoridades adjudicantes aplicam em especial os critérios relativos às capacidades dos candidatos no domínio da investigação e desenvolvimento, bem como no desenvolvimento e implementação de soluções inovadoras.”*

Estes critérios devem ser também analisados à luz do artigo 58.º da Diretiva, que trata da capacidade técnica e profissional. Como diz Andrecka: *“As the objective of an innovation partnership is an innovation, it is difficult to prove definitively that the bidder poses “necessary human and technical resources and experience”*<sup>165</sup>. Tal capacidade seria apenas demonstrável por referência a projetos semelhantes, o que pode não ser possível dada a natureza inovadora da parceria para a inovação<sup>166</sup>.

Sublinha-se que o enfoque nas capacidades técnicas e produtivas dos concorrentes na fase da qualificação pode resultar na exclusão de concorrentes de pequena ou média dimensão<sup>167</sup>.

Na proposta inicial da Diretiva fazia-se também referência à capacidade do concorrente e também à sua experiência. Este elemento foi omitido da versão final da Diretiva para permitir às entidades adjudicantes contratar empresas como

---

<sup>162</sup> Idem

<sup>163</sup> E. Badenhausen-Fähnle, “Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?”, (...), p.751

<sup>164</sup> V. Dobmann, *Das neue Vergaberecht : GWB, VgV, SektVO, KonzVgV, VOB/A-EU*, (...), § 109-112

<sup>165</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...), p.7

<sup>166</sup> Idem

<sup>167</sup> A. Rosenkötter, „Die Innovationspartnerschaft“, (...),p.199

startups, que poderão ter a capacidade mas não a experiência de uma grande empresa<sup>168</sup>.

#### 4.2.2 A negociação

À qualificação segue-se a negociação das propostas. Os concorrentes propõem projetos de investigação e desenvolvimento e pode haver negociação das propostas sobre tudo, salvo os critérios mínimos e os critérios de adjudicação<sup>169</sup>.

O objetivo da negociação é melhorar o conteúdo das propostas e aproximá-las das necessidades da entidade adjudicante<sup>170</sup>.

Esta fase pode decorrer através de painéis de negociação ou de uma negociação sucessiva, que pode decorrer em várias fases, reduzindo-se o número de propostas a ser negociadas através da aplicação dos critérios de adjudicação, desde que previamente previsto<sup>171</sup>.

A redução do número de propostas no decurso das negociações está prevista para o diálogo concorrencial e o procedimento por negociação no artigo 66.º da Diretiva. Aqui determina-se que se deve assegurar que o número de concorrentes a chegar à fase final deve assegurar uma concorrência efetiva. É de salientar que este artigo não se refere à parceria para a inovação<sup>172</sup>.

Badenhausen-Fähnle saúda aqui a possibilidade de se ir reduzindo o número de concorrentes durante a negociação, uma vez que não faz sentido continuar a discutir uma proposta que já tenha ficado na fase de negociação em relação à qual a hipótese de adjudicar esteja inteiramente excluída<sup>173</sup>.

Contrariamente ao que sucede com o procedimento por negociação, não existe nenhuma disposição quanto à entrega de propostas finais. Arrowsmith sugere, como solução, que se exija que os concorrentes ainda no procedimento

---

<sup>168</sup> P. Telles, L.R.A. Butler, „Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU” ”, in: *Modernizing Public Procurement – The New Directive*, p.165

<sup>169</sup> V. Dobmann, *Das neue Vergaberecht : GWB, VgV, SektVO, KonzVgV, VOB/A-EU*, (...) §109-112

<sup>170</sup> C. Krönke, §119, Abs. 7 Innovationspartnerschaft, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, (...)

<sup>171</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), p.1055

<sup>172</sup> A. Rosenkötter, „Die Innovationspartnerschaft“, (...), p.200

<sup>173</sup> E. Badenhausen-Fähnle, „Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?“, (...), p.751

apresentem uma “*best and final offer*”, num prazo comum a todos, para garantir a transparência e a igualdade de tratamento<sup>174</sup>.

Também de modo distinto do procedimento por negociação, não se exige que existam na fase final de negociação tantos concorrentes quantos os que a concorrência pode suportar, podendo na parceria para a inovação a entidade adjudicante adotar uma negociação final com um “*preferred bidder*”<sup>175</sup>.

A negociação deve observar as regras aplicáveis ao procedimento por negociação, nomeadamente garantindo a igualdade de tratamento entre os concorrentes e não revelando informação de forma discriminatória<sup>176</sup>.

O número e a estrutura de rondas de negociação, em especial o conteúdo e duração, estão no âmbito da discricionariedade da entidade adjudicante<sup>177</sup>.

Ao contrário do diálogo concorrencial, em que as negociações decorrem antes da apresentação de propostas, na parceria para a inovação negocea-se sobre a primeira proposta e as subsequentes, podendo negociar-se o conteúdo das mesmas. Deve existir um desenvolvimento dinâmico que permita, até ao fim da fase pré-contratual, negociar o escopo, as condições dos produtos e o preço<sup>178</sup>.

Outra diferença entre a parceria para a inovação e o procedimento por negociação e o diálogo concorrencial prende-se com a duração (indeterminada) das negociações da parceria e com a possibilidade de lhe ser posto fim<sup>179</sup>.

#### 4.2.3 A adjudicação

De seguida destaca-se a adjudicação a um ou mais concorrentes, que levarão a cabo a parceria para a inovação, dedicando-se a aspetos de investigação e desenvolvimento diferentes.

---

<sup>174</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), p.1056

<sup>175</sup> J. Meiners, M. Püstow, „Die Innovationspartnerschaft – Mehr Rechtssicherheit für ein innovatives Vertragsmodell“, (...), p.407

<sup>176</sup> P. Cerqueira Gomes “The innovative innovation partnerships under the 2014 Public Procurement Directives”, (...), p.4

<sup>177</sup> E. Badenhausen-Fähnle, “Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?”, (...), p.751

<sup>178</sup> E. Badenhausen-Fähnle, “Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?”, (...), p.752

<sup>179</sup> Idem, p.754

#### 4.2.3.1 Critérios de adjudicação: a melhor relação qualidade-preço

Dada a natureza dos produtos, bens ou serviços a desenvolver no âmbito de uma parceria para a inovação, a concretização dos critérios e subcritérios de adjudicação pode ser uma tarefa complexa e exigente para as entidades adjudicantes. Lembre-se que estamos necessariamente perante situações em que se procura criar algo que não existe, pelo que estabelecer parâmetros através dos quais possam ser avaliadas as diferentes propostas pode ser difícil.

A parceria para a inovação veda o recurso ao critério do preço mais baixo, sendo sempre necessário proceder à adjudicação deste procedimento através do critério da melhor relação qualidade-preço.

Esta posição faz sentido se pensarmos no facto de o critério da melhor relação qualidade-preço ter passado a ser o critério base para a adjudicação dos contratos públicos em geral (nas Diretivas – no CCP refere-se o critério da proposta economicamente mais vantajosa, *tendo por base o critério da melhor relação qualidade-preço*), e também na complexidade da parceria para a inovação. Com efeito a escolha do critério do preço mais baixo deixaria de fora elementos essenciais à conceção do mesmo procedimento e seria altamente prejudicial para a entidade adjudicante. O critério da melhor relação qualidade-preço não só é mais eficiente, como evita uma situação de “*race to the bottom*”<sup>180</sup>.

O critério da proposta economicamente mais vantajosa examina por um lado o custo e por outro a relação qualidade-preço<sup>181</sup>.

A concretização daquele critério e dos subcritérios que o compõem não é tão fácil quanto possa parecer, dada a indefinição do objeto da parceria para a inovação. O recurso a critérios não económicos, como os aspetos qualitativos, sociais ou inovadores, pode gerar situações de subjetividade e de mais risco por se privilegiar um determinado concorrente de forma injusta<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> P. Nicolaidis, S. Schoenmakers “Public Procurement, Public Private Partnerships and State Aid Rules: A Symbiotic Relationship”, In: European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 9 50, 2014,p.7

<sup>181</sup> T. Almeida, “A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista ambiental : internalização de externalidades ambientais pelos critérios de adjudicação”, 2014, In: Boletim de ciências económicas. - Coimbra, 1952. - Vol. 57, Tomo 1 (2014), p.150  
P. Nicolaidis, S. Schoenmakers “Public Procurement, Public Private Partnerships and State Aid Rules: A Symbiotic Relationship”, (...),p.8

Numa fase preparatória, as entidades adjudicantes deverão determinar as suas necessidades, se o produto em questão já existe no mercado e formular, validar e afinar as especificações para este produto<sup>183</sup>. Na formulação das especificações em termos de performance, a entidade adjudicante deverá procurar garantir resultados específicos e assegurar que os critérios escolhidos sejam mensuráveis<sup>184</sup>. A utilização de standards pode, quando aplicável, poupar tempo e dinheiro à entidade adjudicante<sup>185</sup>.

A entidade adjudicante pode sempre estimular a inovação (mesmo noutros procedimentos), determinando que as propostas que excedam os mínimos exigidos pelos standards receberão pontos extra<sup>186</sup>.

O uso de critérios de adjudicação não objetivos ou que favoreçam uma determinada proposta é, naturalmente, contrário à ideia de concorrência subjacente às Diretivas. Os critérios devem ser objetivos e a ponderação dada aos vários critérios deve ser transparente<sup>187</sup>.

Critérios não objetivos seriam, por exemplo exigir experiência internacional em projetos de índole local, experiência em grandes projetos, quando o projeto é pequeno, experiência no uso de equipamentos que não são necessários para aquele projeto, ou a experiência com projetos noutros sectores<sup>188</sup>.

Os (sub-) critérios de adjudicação têm, obrigatoriamente, de estar relacionados com o objeto do contrato.

Outro aspeto relevante está em os critérios de adjudicação e as necessidades da entidade adjudicante deverem estar definidos de forma suficientemente ampla – de modo a permitir ajustes à realidade do contrato, sem que se tenha de fazer uma alteração material, mas suficientemente concreta para permitir aos concorrentes identificar os aspetos relevantes do contrato<sup>189</sup>.

---

<sup>183</sup> A. R. Apostol, “Formal European standards in public procurement: a strategic tool to support innovation”, (...),p.10

<sup>184</sup> Idem

Ibidem

<sup>186</sup> Idem,p.11

<sup>187</sup> P. Nicolaidis, S. Schoenmakers “Public Procurement, Public Private Partnerships and State Aid Rules: A Symbiotic Relationship”, (...),p.4

<sup>188</sup> Idem

<sup>189</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...), p.7



Fehling entende que, dada a dificuldade de concretização dos critérios de adjudicação (e até de uma descrição funcional) no âmbito da parceria para a inovação, não seria obrigatório estarem definidos *a priori*<sup>190</sup>.

Parece-nos uma sugestão arriscada e que poderia gerar ainda mais incerteza e aumentar os riscos, especialmente para os parceiros privados, de um procedimento que já envolve riscos. Aumentar-se-ia também, provavelmente, a possibilidade de ocorrerem litígios sobre a definição e aplicação destes critérios.

Apesar de ser difícil estabelecer critérios de adjudicação para este procedimento, não deixa por isso de ser obrigatório fazê-lo<sup>191</sup>.

Tendo como ponto de partida o disposto no n.º 2 do artigo 67.º da Diretiva, sobre a proposta economicamente mais vantajosa em geral, que esta “*deve ser identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida em conformidade com o artigo 68.º, e pode incluir a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com base em critérios que incluam aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público em causa.*”

Nas alíneas a), b) e c), existem ainda exemplos dos critérios qualitativos, ambientais ou sociais que possam estar em causa, como o valor técnico, a acessibilidade, e características sociais, ambientais e inovadoras (qualidade), a qualificação e experiência do pessoal envolvido na execução do contrato (organização) e o serviço pós-venda ou condições de entrega.

É de referir que os critérios relacionados com a experiência do pessoal se consideravam tradicionalmente excluídos dos critérios de adjudicação (apesar de serem permitidos nos critérios de qualificação) e deixou agora de ser esse o caso.

A utilização do critério da melhor relação qualidade-preço assegura a possibilidade de avaliar subcritérios, como o cálculo dos ciclos de vida, a qualidade, ou a inovação em si<sup>192</sup>.

Como critérios de qualidade podem ter especial relevância o valor técnico, os custos operacionais e de manutenção, tal como a qualidade da execução do

---

<sup>190</sup> M. Fehling, „Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren“, (...),p.676

<sup>191</sup> R. Leinemann, E. Leinemann, T. Kirch, M. Büdenbender, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge : GWB-Vergaberecht, VgV, KonzVgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, : Erläuterung aller Vergabeordnungen, Nachprüfung von Vergabeverfahren, Vergabestrafrecht, Compliance, (...),p.156*

<sup>192</sup> A. R. Apostol, “Formal European standards in public procurement: a strategic tool to support innovation”, (...),p.11

contrato, processos de gestão e controlo da qualidade e standards de avaliação e “reporting”<sup>193</sup>. Numa parceria para a inovação são especialmente importantes a organização, qualificação e experiência do pessoal, e estes são critérios que passam a ser também levados em conta em sede de adjudicação, e não só de qualificação.<sup>194</sup>

Quanto à experiência do adjudicatário, a experiência em projetos de natureza semelhante é aceite, sem ser necessário que o adjudicatário já tenha participado num projeto de natureza *idêntica*.

O critério da proposta economicamente mais vantajosa pode incluir elementos que podem não ser suscetíveis de avaliação económica direta, como o mérito técnico e características estéticas ou funcionais<sup>195</sup>.

A entidade adjudicante deve esclarecer nos documentos do concurso o peso a dar aos vários subcritérios usados para determinar a melhor relação qualidade-preço<sup>196</sup>.

Caso não seja possível, por razões objetivas, indicar o peso respetivo de cada um dos subcritérios, estes devem ser indicados por ordem decrescente consoante a sua relevância<sup>197</sup>.

#### 4.2.3.1.1 Definição do preço

A definição do preço da parceria para a inovação pode parecer complexa. A Diretiva impõe como limite geral a proporcionalidade do valor a atribuir ao contrato com os investimentos feitos pelos concorrentes.

Existem três questões relevantes: a remuneração do conhecimento dos parceiros envolvidos na parceria; a existência ou não de remuneração no caso de a parceria terminar antecipadamente; e o cálculo do preço global<sup>198</sup>. Trataremos agora as duas últimas.

---

<sup>193</sup> J. Meiners, M. Püstow, „Die Innovationspartnerschaft – Mehr Rechtssicherheit für ein innovatives Vertragsmodell“, (...),p.409

<sup>194</sup> Idem

<sup>195</sup> M. Esteves de Oliveira, Concursos e outros procedimentos de contratação pública, Coimbra, 2011, Almedina,p.540

<sup>196</sup> C. Bovis, The law of EU public procurement, Oxford, 2015, Oxford University Press,p.148

<sup>197</sup> E. Badenhausen-Fähnle, “Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?”, (...),p.750

<sup>198</sup> Idem,p.755

As regras de remuneração relativas às várias fases e ao produto final devem ser estabelecidas de forma clara e com antecedência, para se evitarem potenciais litígios<sup>199</sup>.

No fundo, trata-se de quantificar o custo da investigação e desenvolvimento, nas suas subfases. Deve estar prevista a remuneração para cada uma das fases, de modo a permitir eventuais resoluções por parte da entidade adjudicante, no fim de determinada fase e a encorajar os agentes económicos privados a participar, sabendo que mesmo que corra mal, receberão um valor correspondente, pelo menos, ao que despenderam na investigação e desenvolvimento.

Por outro lado, temos de quantificar o custo da aquisição do produto final em si. Para este elemento poderá servir como referência o preço de produtos semelhantes que já existam no mercado, no caso de ser possível.

Estes valores não poderão deixar também de levar em conta eventuais despesas com aquisição de direitos de propriedade intelectual, entre outros aspetos.

Andrecka entende que não faz sentido associar o valor da aquisição aos custos de desenvolvimento, uma vez que os custos de desenvolvimento já estão integrados numa fase prévia<sup>200</sup>.

Tendemos a concordar com este entendimento. Com efeito, faz pouco sentido dizer-se por um lado que o valor da aquisição deve levar em conta os custos de desenvolvimento e, por outro lado, que deve estar prevista uma remuneração para cada (sub-) fase no processo de desenvolvimento – que contemplará, naturalmente, estes custos. Parece-nos que faz mais sentido que a referência a “aquisição” seja lida como o valor global do contrato e não como a aquisição para comercializar.

Para os procedimentos pré-comerciais, a Comissão previu a possibilidade de a entidade adjudicante estabelecer um preço máximo que esteja disposta a pagar pelos elementos de I&D. Este preço teria por base o cálculo do preço a pagar pelo desenvolvimento exclusivo – que inclui todos os custos para o concorrente privado, como o valor de mercado dos salários de investigadores daquele setor e do material necessário para desenvolver essa investigação, incluindo uma margem

---

<sup>199</sup> Idem, p.756

<sup>200</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...), p.10

razoável – menos o valor de mercado das oportunidades de comercialização – que refletiria os custos de manutenção dos direitos de propriedade intelectual e da comercialização em si<sup>201</sup>. No caso da parceria para a inovação, poderíamos adotar uma solução semelhante, mas que incluísse no cálculo final os valores associados à comercialização.

Uma sugestão alternativa dada pela Comissão é solicitar aos concorrentes o cálculo da redução no preço que podem fazer em troca dos benefícios de direitos de propriedade intelectual<sup>202</sup>. É discutível se esta solução seria aplicável às parcerias para a inovação já que, em regra, estas implicam a aquisição de direitos de propriedade intelectual.

Mesmo na parceria para a inovação com apenas um concorrente, pode ser difícil determinar a relação entre o preço e a prestação, uma vez que não existe qualquer termo de comparação<sup>203</sup>.

Neste sentido, a determinação do preço poderá ficar facilitada nas parcerias para a inovação que envolvam mais do que um parceiro<sup>204</sup>. Coloca-se, contudo, a questão da divisão da remuneração entre os parceiros e com base em que critérios<sup>205</sup>.

Através da expressão “remuneração em frações” prevê-se uma remuneração parcial das atividades de I&D dos concorrentes<sup>206</sup>.

Não se determina, contudo, em que momento e em que fases deverá ser aplicada esta remuneração<sup>207</sup>. Não se prevê que a remuneração tenha lugar no final de cada fase e é possível à entidade adjudicante estabelecer outro ponto de referência para a remuneração em frações. Caso a entidade adjudicante associe a remuneração ao fim de cada fase, pode haver circunstâncias em que os parceiros privados possam não receber nada, designadamente por não se ter alcançado

---

<sup>201</sup> A. R. Apostol, “Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?”, (...),p.4

<sup>202</sup> Idem

<sup>203</sup> A. Rosenkötter, „Die Innovationspartnerschaft“, (...),p.202

<sup>204</sup> Idem,p.201-202

<sup>205</sup> Idem,p.202

<sup>206</sup> E. Badenhausen-Fähnle, “Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?”, (...),p.756

<sup>207</sup> Idem

ainda a essa fase<sup>208</sup>. Para contornar esta situação, pode ser necessário prever a remuneração no final de cada meta intermédia e não só de cada fase<sup>209</sup>.

O valor das diferentes fases influi no valor final da parceria para a inovação<sup>210</sup>.

Deve ainda ter-se em conta a relação entre o grau de inovação e o preço<sup>211</sup>.

Fazer o cálculo apenas com base no valor a atribuir a cada fase pode ter como consequência um valor final muito inferior ao que seria adequado<sup>212</sup>. Pode fazer mais sentido levar esses elementos em conta para o cálculo do valor global, mas reservar uma margem de ponderação que permita levar a cabo os ajustes necessários.

A mera participação numa parceria para a inovação pode envolver custos consideráveis para os participantes<sup>213</sup> e alguns autores entendem que a participação no procedimento, mesmo numa fase anterior à adjudicação, deveria ser remunerada. Porém, não se prevêem para este procedimento quaisquer prémios ou remuneração para os concorrentes antes da adjudicação<sup>214</sup>.

Badenhausen-Fähnle entende que se deveria prever tal como para o procedimento por negociação, o reembolso pelas despesas dos concorrentes, como forma de incentivar a participação neste tipo de procedimento<sup>215</sup>.

Existem vários modelos de incentivos possíveis, como por exemplo o parceiro privado poder obter remuneração adicional se o serviço for completado com antecedência. Este modelo pode ser especialmente relevante se o fator tempo for importante para a entidade adjudicante<sup>216</sup>.

A parceria para a inovação já contém um incentivo à observância das metas em termos de custo, já que a sua inobservância permite à entidade adjudicante não prosseguir com a parceria<sup>217</sup>.

---

<sup>208</sup> Ibidem

<sup>209</sup> Ibidem

<sup>210</sup> Ibidem

<sup>211</sup> Ibidem

<sup>212</sup> Ibidem

<sup>213</sup> Idem, p.755

<sup>214</sup> Idem

<sup>215</sup> Ibidem

<sup>216</sup> J. Meiners, M. Püstow, „Die Innovationspartnerschaft – Mehr Rechtssicherheit für ein innovatives Vertragsmodell“, NZBau, 2016, p.409

<sup>217</sup> Idem, p.410

Um mecanismo que permite também a compatibilidade com a observância das metas em termos de custo é a criação de preços-alvo<sup>218</sup>. Uma vez que não é possível planificar a forma como decorrerá a parceria desde início, os parceiros poderiam acordar um preço-alvo e não um preço final, descontando-se a diferença entre o preço-alvo e os custos de facto incorridos no final<sup>219</sup>. Tal pode ser feito de forma a garantir um preço máximo certo e prevendo-se uma partilha dos ganhos e das perdas<sup>220</sup>.

Tal permitiria alguma flexibilidade na remuneração, garantindo-se simultaneamente aos parceiros privados que não haveria um “deslaçar” da parceria se os custos finais ficassem ligeiramente acima do previsto.

Fehling propõe também, como incentivo, o envolvimento de todos os que participaram com as suas ideias numa percentagem no contrato final<sup>221</sup>. Contudo poderiam gerar-se disputas em torno da determinação da respectiva contribuição percentual, para além de se poder ir contra as barreiras conceptuais dos procedimentos de contratação pública<sup>222</sup>.

#### 4.3 Tramitação da fase de execução

Algumas das regras previstas nas Diretivas para a parceria para a inovação aplicam-se, como já se referiu, não ao procedimento pré-contratual, mas sim ao contrato na sua fase de execução.

Estas regras procuram assegurar a transparência e a igualdade de tratamento nas escolhas que o contraente público terá de fazer após a adjudicação do contrato<sup>223</sup>.

Exige-se, desde logo, no n.º 2 do artigo 31.º, que a parceria para a inovação esteja estruturada em fases sucessivas, com metas intermédias e remuneração por frações, o que é especialmente relevante na fase de investigação e desenvolvimento.

---

<sup>218</sup> Idem

<sup>219</sup> Ibidem

<sup>220</sup> Ibidem

<sup>221</sup> M. Fehling, „Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren“, (...),p.678

<sup>222</sup> Idem

<sup>223</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...),p.1057

Para Miguel Raimundo, a execução do contrato decorre de modo semelhante ao de um contrato de formação sucessiva “*em que cada fase ou período contratual depende do cumprimento dos objetivos da anterior*”<sup>224</sup>.

A adjudicação tem lugar, assim, *antes* de haver investigação e desenvolvimento.

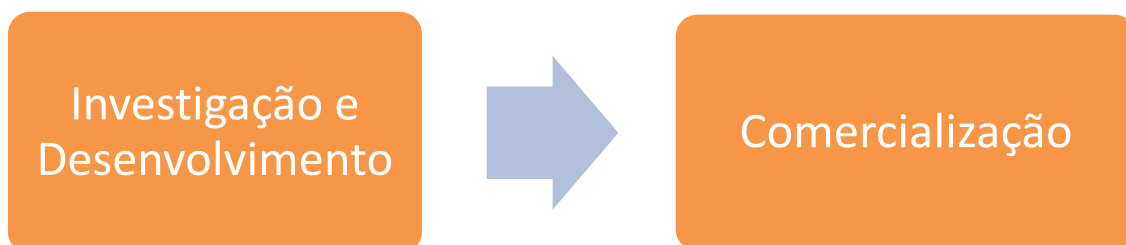


Fig.3 A fase de execução da parceria para a inovação

#### 4.3.1A Investigação e Desenvolvimento

A fase da investigação e desenvolvimento decorre por fases e subfases. A entidade adjudicante pode escolher, no final de cada fase, se pretende prosseguir com parceria para a inovação com todos os adjudicatários, eliminar algum, ou dar por finda a parceria.

Tal suscita problemas a vários níveis. Desde logo coloca-se a questão de saber quais os critérios que a entidade adjudicante deve levar em conta nestes momentos de escolha, bem como a questão da forma como se pode garantir a compensação adequada aos adjudicatários, sendo que existe sempre o perigo de a comercialização não ser concluída com eles. É também necessário equacionar que potenciais desacordos entre os adjudicatários possam complicar e até pôr em causa a continuidade da parceria.

Miguel Raimundo entende haver nesta fase uma espécie de “*concorrência em permanência*”<sup>225</sup> entre os vários adjudicatários, o que faz sentido se levarmos em conta a ideia de “negociação constante”.

---

<sup>224</sup> M. Raimundo “Uma primeira análise das novas directivas (parte II)”, (...)

<sup>225</sup> M. Raimundo “Uma primeira análise das novas directivas (parte II)”, (...)

Porém, salienta-se que os adjudicatários não estão necessariamente a trabalhar nos mesmos aspetos do produto, bem ou serviço a ser desenvolvido. Antes pelo contrário. Assim, entendemos que se configura difícil uma concorrência *direta* entre os adjudicatários, embora certamente exista uma avaliação de todos (comparativamente ou não) pelo contraente público. Suscita-se, contudo, a questão de saber como a entidade adjudicante irá escolher o parceiro que seguirá para a fase de comercialização, se estão todos a trabalhar em aspetos diferentes. Como é que será feita a comparação?

Em que medida correspondem os aspetos que cada um desenvolve em sede de I&D a elementos que permitam à entidade adjudicante determinar qual deles estaria mais preparado para a produção em larga escala?

Estes elementos deverão ser tidos em conta pelas entidades adjudicantes que decidam optar pela parceria para a inovação. Deverão ser estabelecidos critérios claros para o decurso da fase de investigação e desenvolvimento, que permitam não só o desenvolvimento adequado do produto em causa, mas também uma análise comparativa dos vários concorrentes que respeite os princípios da não discriminação e transparência.

Esta possibilidade de contratar vários participantes pode, contudo, ser útil, na medida em que permita a exploração de várias soluções e a existência de concorrência no decurso das várias fases e no mercado de fornecimento posterior<sup>226</sup>.

A Diretiva prevê a possibilidade da remuneração em frações ao longo das subfases da fase de investigação e desenvolvimento. A determinação dos montantes e das fases a remunerar está dentro da discricionariedade da entidade adjudicante<sup>227</sup>.

É também relevante a disposição do n.º 7 do artigo 31.º, que exige proporcionalidade entre a duração e o valor das fases e o grau de inovação da solução proposta. Trata-se novamente de promover a transparência e procurar reduzir o risco inerente a este tipo de procedimento.

Arrowsmith entende que a possibilidade de redução do número de concorrentes no fim de cada fase, através da resolução dos contratos individuais,

---

<sup>226</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), p.1058

<sup>227</sup> Idem



prevista no n.º 2 do artigo 31.º, se limita a clarificar o que já é possível em qualquer contrato em termos abstractos, nomeadamente a previsão das partes do contrato apenas continuem sob certas circunstâncias<sup>228</sup>.

A Diretiva estabelece, também, que a possibilidade de redução do número de participantes no fim de cada fase é possível se tal estiver previamente previsto nos documentos de contrato e estiverem discriminadas as condições para o recurso a este mecanismo<sup>229</sup>.

A redução do número de participantes ou a decisão de pôr fim à parceria, por não terem sido observados os limites financeiros ou alcançados os objetivos desejados, tem ainda como problema adicional a indefinição do objeto inerente à parceria numa fase inicial dificultar a determinação destes fatores de forma a servir de critério orientador na escolha entre os participantes<sup>230 231</sup>.

A possibilidade de pôr fim antecipadamente à parceria para a inovação é especialmente útil para a entidade adjudicante, caso esta se aperceba, no decorrer da parceria, que a solução desenvolvida (já) não é necessária, ou que o mercado tenha, entretanto, dado resposta àquela necessidade<sup>232</sup>.

Há quem entenda, assim, que a Administração tem um direito unilateral de terminar antecipadamente a parceria<sup>233</sup>.

A fase de investigação e desenvolvimento pode incluir metas intermédias e estas metas devem estar previamente determinadas e definidas de forma a garantir a qualidade dos trabalhos após a adjudicação. Devem assegurar à entidade adjudicante a possibilidade de influenciar o desenvolvimento. Caso o resultado da fase de desenvolvimento excedesse os resultados previstos nas peças do procedimento, a posterior aquisição do serviço teria na prática lugar sem qualquer

---

<sup>228</sup> Ibidem

<sup>229</sup> Ibidem

<sup>230</sup> R. Leinemann, E. Leinemann, T. Kirch, M. Büdenbender, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge : GWB-Vergaberecht, VgV, KonzVgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, : Erläuterung aller Vergabeordnungen, Nachprüfung von Vergabeverfahren, Vergabestrafrecht, Compliance, (...)*,p.157

<sup>231</sup> R. Ley, M. Wankmüller, *Das neue Vergaberecht 2016 : Lieferungen und Dienstleistungen nach GWB und VgV*, 2016,p.314

<sup>232</sup> E. Badenhausen-Fähnle, “Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?”, (...), p.754

<sup>233</sup> L. Hettich, *Das neue Vergaberecht : eine systematische Darstellung der neuen EU-Vergaberichtlinien 2014*, (...),p.36

tipo de concorrência e levaria a uma alteração inaceitável do contrato durante o período de execução.<sup>234</sup>

Para garantir transparência na fase de inovação Cerqueira Gomes entende ainda que seria adequado as entidades adjudicantes publicarem os resultados do produto final, e dos resultados alcançados face às metas intermédias, por forma a monitorizar possíveis restrições ou distorções à concorrência<sup>235</sup>.

Através do estabelecimento de metas intermédias e da intervenção no planeamento, a entidade adjudicante pode manter mais influência sobre o decorrer da parceria para a inovação. Pode fazer valer a sua visão da solução, sem que tenha de ser necessário proceder a alterações posteriores aos planos<sup>236</sup>. Desta forma mantém o controlo sobre o desenvolvimento dos custos, podendo até utilizar as metas intermédias para fazer uma revisão de custos<sup>237</sup>.

Pode, contudo, dar-se a circunstância de vários parceiros, trabalhando em conjunto, poderem exercer algum controlo sobre as metas intermédias, enfraquecer a posição da entidade adjudicante.<sup>238</sup> É ainda necessário distinguir se as mesmas metas deverão ser aplicadas a todos os parceiros<sup>239</sup>, especialmente tendo em conta que estes estarão tendencialmente a desenvolver aspetos diferentes da investigação e desenvolvimento. Há também o risco de haver discriminação dada a possibilidade de haver variações na forma como estas metas são aplicadas aos diferentes parceiros<sup>240</sup>, em especial no que toca ao uso destas metas como meio de comparação dos vários parceiros.<sup>241</sup>

No fim de cada fase intermédia, a entidade adjudicante deve avaliar se o parceiro cumpriu os objetivos estabelecidos. Se este não for o caso, poderia

---

<sup>234</sup> J. Meiners, M. Püstow, „Die Innovationspartnerschaft – Mehr Rechtssicherheit für ein innovatives Vertragsmodell“, (...),408

<sup>235</sup> P. Cerqueira Gomes “The innovative innovation partnerships under the 2014 Public Procurement Directives”, (...),p.5

<sup>236</sup> J. Meiners, M. Püstow, „Die Innovationspartnerschaft – Mehr Rechtssicherheit für ein innovatives Vertragsmodell“, (...),p.408

<sup>237</sup> Idem

<sup>238</sup> P. Telles, L.R.A. Butler, „Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU” ” , (...),pp.170-171

<sup>239</sup> P. Telles, L.R.A. Butler, „Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU” ” , (...),pp.170-171

<sup>240</sup> Idem

<sup>241</sup> Ibidem

terminar a parceria com este parceiro e adjudicar a sua parcela da investigação a outro, desde que tenha adquirido os direitos de propriedade intelectual<sup>242</sup>.

Para avaliar os níveis de desempenho, poderia ser útil o recurso aos “Key performance indicators” (KPI). Estes englobam indicadores como as propriedades energéticas e materiais dos produtos ou a longevidade e possíveis áreas de aplicação dos mesmos. Para garantir a possibilidade de uma avaliação, têm de ser estabelecidos direitos de controlo e acesso. Os deveres de comunicação e de observância de standards dos parceiros devem estar concretamente estabelecidos. Poder-se-ia também colocar a hipótese de a determinação das metas de qualidade ser entregue a um terceiro, de forma a evitar disputas<sup>243</sup>.

A Diretiva não impõe qualquer limite temporal à investigação e desenvolvimento, pelo que a escolha quanto à imposição (ou não) de limites temporais nesta fase cabe na discricionariedade da entidade adjudicante.

Tal poderia suscitar o risco de encerramento do mercado por as entidades adjudicantes poderem recorrer às parcerias para inovação para evitar os limites temporais que se aplicam aos acordos-quadro.<sup>244</sup>

Outro potencial problema durante a fase de investigação e desenvolvimento prende-se com a possibilidade de se descobrir, no decurso desta fase, que o parceiro privado em causa não tem a capacidade de continuar a desenvolver a solução prometida<sup>245</sup>. Como a mudança de cocontratante privado é difícil, recomenda-se a celebração da parceria para a inovação com vários parceiros, para mitigar este tipo de problemas<sup>246</sup>. Porém, não é claro que se possa alterar o parceiro responsável por uma certa parcela da investigação e desenvolvimento, pois a Diretiva pretende que os parceiros executem aspetos distintos da parceria. Neste caso, a única solução seria um novo procedimento<sup>247</sup>.

A incerteza quanto aos resultados da investigação e desenvolvimento significa que não é possível garantir que os resultados sejam melhores do que os

---

<sup>242</sup> A. R. Apostol, “Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?”, (...), p.7

<sup>243</sup> J. Meiners, M. Püstow, „Die Innovationspartnerschaft – Mehr Rechtssicherheit für ein innovatives Vertragsmodell“, (...), pp.406-412,p.409

<sup>244</sup> P. Telles, L.R.A. Butler, „Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU” ” , (...),p.169

<sup>245</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...), p.11

<sup>246</sup> Idem

<sup>247</sup> Ibidem

produtos já existentes no mercado, ou outros que tenham sido desenvolvidos entretanto<sup>248</sup>. Por esta razão, pode ser recomendável a entidade adjudicante prever a possibilidade de não adquirir nenhum produto, embora tal corresponda a um risco mais elevado para os parceiros privados<sup>249</sup>.

Como a Diretiva prevê que a fase de investigação e desenvolvimento da parceria para a inovação deve observar apenas a sequência do processo de investigação e inovação, sem concretizar mais, as entidades adjudicantes detêm alguma liberdade na fixação do procedimento.

Uma das possibilidades para a estruturação da fase de investigação e desenvolvimento da parceria para a inovação é seguir os mesmos passos que os procedimentos pré-comerciais: a exploração de soluções, criação de protótipos e série de testes.

Porém, não é líquido que as entidades adjudicantes estejam vinculadas a este modelo<sup>250</sup>, já que a Diretiva, para além de determinar a existência de subfases e metas intermédias, não concretiza mais.

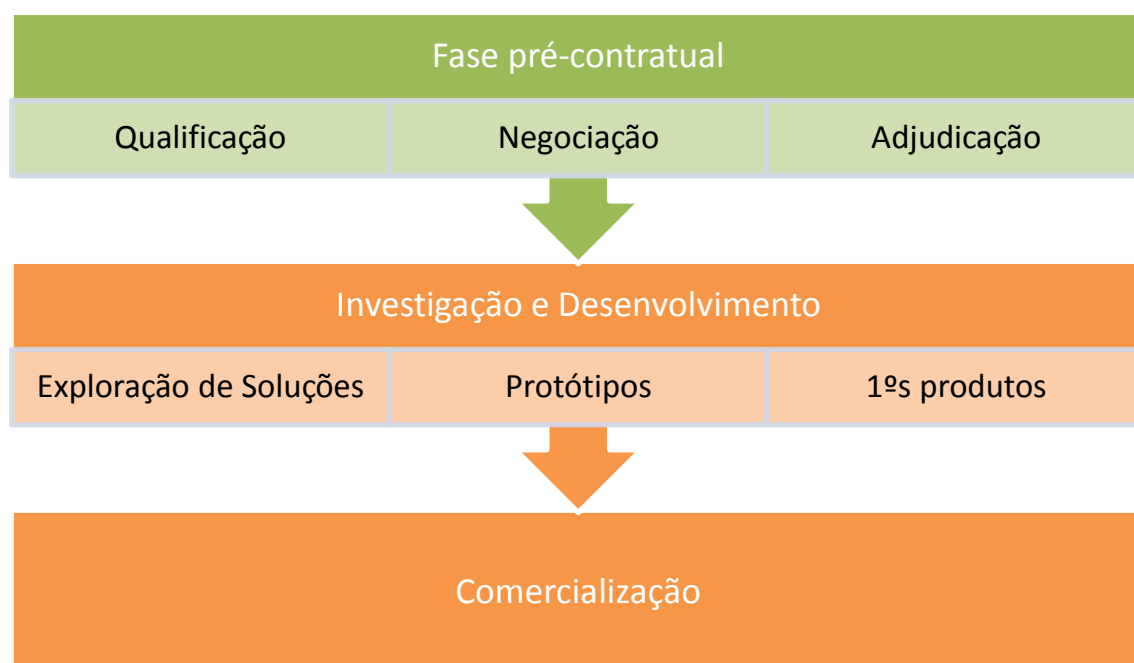


Fig.4 Exemplo de parceria para a inovação que siga o modelo dos procedimentos pré-comerciais

<sup>248</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), p.1048

<sup>249</sup> Idem

<sup>250</sup> M. Andrecka, "Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?", (...), p.10

#### 4.3.2 A “segunda adjudicação”

Um dos problemas da parceria para a inovação que pode suscitar dúvidas é: saber em que termos, finda a fase de investigação e desenvolvimento a entidade adjudicante procede à escolha daquele com quem vai seguir para a fase de comercialização no caso de termos vários parceiros.

Esta questão é relevante para os agentes económicos privados, pois, apesar de garantir remuneração faseada e adequada durante a fase de investigação e desenvolvimento, será na fase de comercialização que é possível obter mais lucros.

A tomada desta decisão implica, na prática, uma escolha entre diferentes concorrentes para aquisição de um produto, bem ou serviço, sem que sejam aplicáveis as tramitações pré-contratuais dos procedimentos previstos na Diretiva<sup>251</sup>. A escolha do parceiro com quem se vai proceder à comercialização tem, assim, lugar à margem do procedimento e da concorrência formal<sup>252</sup>.

Entendemos ser uma “segunda adjudicação” sem procedimento.

Tal acarreta um risco elevado de discriminação e distorção da concorrência<sup>253</sup>.

Miguel Raimundo refere que o funcionamento da parceria para a inovação se assemelha *“mais o de um contrato em formação sucessiva, cuja continuidade depende da ultrapassagem de diversas etapas com sucesso, do que um contrato tradicional, cuja execução possa ser fixada num único momento”*<sup>254</sup>.

No fundo, analisar este procedimento à luz dos procedimentos clássicos da contratação pública não ajuda na compreensão, já que não existe a cisão entre a fase pré-contratual e a execução. O concurso mantém-se durante a execução. Com efeito a entidade adjudicante continua a fazer escolhas sucessivas e “adjudicar” depois de o procedimento estar tecnicamente encerrado.

Perante isto, colocam-se duas questões: quais as regras aplicáveis a esta escolha e como se qualifica a “segunda adjudicação”.

---

<sup>251</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), p.1057

<sup>252</sup> J. Meiners, M. Püstow, „Die Innovationspartnerschaft – Mehr Rechtssicherheit für ein innovatives Vertragsmodell“, (...), p.409

<sup>253</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), p.1057

<sup>254</sup> M. Raimundo “Uma primeira análise das novas directivas (parte II)”, (...)

Os legisladores europeu e nacional são omissos quanto à regulação desta situação. A Diretiva e o CCP dispõem apenas que a entidade adjudicante deve proceder à comercialização com um (ou mais) concorrentes, se estiverem observados os limites estabelecidos e se a entidade adjudicante quiser prosseguir para a fase seguinte.

A existência de uma escolha numa situação “concorrencial” implica a necessidade de existirem orientações transparentes e claras de modo a garantir a legalidade dessa escolha<sup>255</sup>.

A “segunda adjudicação” deve não só observar os princípios gerais, mas também garantir que não se está a criar uma situação de alteração dos elementos essenciais do contrato face ao estabelecido nas peças iniciais.

Cabe ainda recordar que o facto de esta decisão decorrer fora do âmbito regulado pelas Diretivas não implica que não lhe sejam aplicáveis os princípios gerais que regem a contratação pública, em especial no que toca à garantia da transparência, igualdade de oportunidades e não discriminação. Reforçamos que o facto de parte do procedimento não estar directamente regulamentada nas Diretivas não implica necessariamente uma ameaça para a concorrência. Lembramos que também os procedimentos pré-comerciais decorrem independentemente das Diretivas e tal não os exclui destes controlos.

Para Rosenkötter, as várias decisões, incluindo a “adjudicação” para a comercialização tomadas pela entidade adjudicante durante a fase de execução escapariam à regulação nos termos da contratação pública, pelo menos no contexto alemão, e teriam de ser analisadas à luz do direito civil<sup>256</sup>.

Quanto à qualificação da natureza desta escolha colocam-se várias opções. A primeira seria considerá-la uma verdadeira adjudicação, em sentido estrito. Porém, não estamos perante uma adjudicação, já que essa já se consubstanciou e consolidou antes da fase de investigação e desenvolvimento. O procedimento terminou para os concorrentes a quem não se adjudicou<sup>257</sup>.

A segunda opção seria enquadrar esta circunstância dentro de um conceito mais vasto de adjudicação.

---

<sup>255</sup> A. Rosenkötter, „Die Innovationspartnerschaft“, (...), p.201

<sup>256</sup> Idem, p.202

<sup>257</sup> M. Esteves de Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, (...), p.549

Se assim fosse, poder-se-ia entender que quando a decisão de não adjudicar não fosse imputável ao concorrente, a Administração teria o dever de indemnizar ou abrir novo procedimento no prazo de seis meses<sup>258</sup>.

Entendemos ser discutível se fará sentido alargar esta lógica às parcerias para a inovação, já que no próprio procedimento se prevê a possibilidade de não se realizar esta “segunda adjudicação”.

Como terceira opção estaríamos aqui perante uma adjudicação parcial, que ocorre quando o objeto do contrato é divisível ou separável, pode ser decomposto em partes e a parte que se vai adjudicar corresponde a uma dessas, previstas *ab initio*<sup>259</sup>. É também adjudicação parcial aquela em que o objeto do contrato é dividido em parcelas para adjudicação a vários concorrentes<sup>260</sup>.

Porém, não nos parece que seja aplicável às parcerias para a inovação, já que não existe uma divisão do objeto do contrato. Com efeito, a adjudicação é feita a todos os parceiros escolhidos, mesmo que cada um trabalhe um aspeto específico, todos têm a possibilidade de serem escolhidos para a fase de comercialização.

Na adjudicação parcelar existe a adjudicação do objeto contratual na totalidade, mas dividido em parcelas autónomas, que podem ser atribuídas a concorrentes diversos<sup>261</sup>.

Esta situação aproxima-se mais da parceria para a inovação, mas mantém-se a circunstância de poder ser feita a comercialização da totalidade com qualquer parceiro.

Temos ainda que considerar a possibilidade de esta escolha ser considerada uma alteração inadmissível ao contrato.

A doutrina dominante entende que a regra é a da inalterabilidade da proposta, sendo inaceitáveis “*eventuais dissonâncias de objeto entre o que consta da proposta e da adjudicação*”<sup>262</sup>.

No que toca a alterações pós-adjudicação, Mário Esteves de Oliveira entende que é relevante saber se uma vez escolhido o concorrente e a proposta se pode

---

<sup>258</sup> A. Leitão, *Lições de direito dos contratos públicos : parte geral*, 2014, Lisboa, AAFDL, 2ª ed., p.124

<sup>259</sup> M. Esteves de Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, (...),p.559

<sup>260</sup> Idem

<sup>261</sup> Idem,p.565

<sup>262</sup> Idem,p.556

“condicionar” a adjudicação a alterações da proposta<sup>263</sup>. Não haveria neste caso os problemas com a concorrência e a igualdade, pois esta já foi escolhida como a melhor proposta<sup>264</sup>. Este não seria, contudo, o caso na parceria para a inovação com mais do que um parceiro, já que continua a haver uma situação de concorrência entre eles.

Mário Esteves de Oliveira defende ainda que as alterações poderiam ter lugar, caso daí não resultasse a apropriação de soluções apresentadas por outro concorrente, a alteração de condições ou pressupostos suscetíveis de influenciar a adjudicação caso tivessem sido reconhecidas por todos, a existência de desvio ou revisão dos fundamentos inovados pela entidade adjudicante na aplicação dos critérios de adjudicação<sup>265</sup>.

Sara Augusto de Matos menciona também a necessidade de se prever no regime da parceria para a inovação alguma referência ao regime da modificação substancial do contrato.<sup>266</sup>

A doutrina alemã entende que estão sujeitas à celebração de novo contrato as alterações que impliquem a imposição de condições que permitissem a adjudicação a outro concorrente, caso estivessem incluídas *ab initio*; condições que estendam de forma considerável o âmbito de serviços previsto inicialmente; ou condições que alterem o equilíbrio económico a favor do cocontratante privado<sup>267</sup>. Porém, admite-se que é difícil determinar a fronteira entre alterações admissíveis e alterações ao conteúdo essencial do contrato<sup>268</sup>. Estes são os critérios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no acórdão C-454/06 “Presstext Nachrichtenagentur”.<sup>269</sup>

Krönke considera improvável a possibilidade de haver alterações substanciais na parceria para a inovação num momento posterior, já que o processo multifacetado deverá assegurar que a solução é aplicável na prática<sup>270</sup>.

---

<sup>263</sup> Idem, p.557

<sup>264</sup> Idem

<sup>265</sup> Idem, p.558-559

<sup>266</sup> S. Younis Augusto de Matos, “Novos tipos de procedimentos pré-contratuais”, (...), p.78

<sup>267</sup> L. Hettich, *Das neue Vergaberecht : eine systematische Darstellung der neuen EU-Vergaberichtlinien 2014*, (...), p.81

<sup>268</sup> Idem

<sup>269</sup> Acórdão de 19 de Junho de 2008, Presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351

<sup>270</sup> C. Krönke, §119, Abs. 7 Innovationspartnerschaft, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*(...)



Na sequência de várias decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>271</sup>, tornou-se claro que as alterações substanciais a contratos no âmbito das Diretivas podem implicar a necessidade de voltar a adjudicar nalgumas circunstâncias<sup>272</sup>.

Os critérios do n.º 4 do artigo 72.º da Diretiva são usados para determinar se estamos perante uma alteração substancial. Existe uma alteração substancial *“quando tornar o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo- -quadro celebrado inicialmente.”*

Nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 72.º, pode haver alterações sem dar lugar a um novo procedimento quando tal esteja previsto nos documentos do concurso de forma clara e inequívoca<sup>273</sup>. Se entendêssemos que esta “segunda adjudicação” poderia configurar uma alteração inadmissível por gerar uma alteração substancial ao conteúdo do contrato, teríamos que, à luz deste preceito, desconsiderar essa hipótese, uma vez que a possibilidade desta “alteração” estaria prevista não só nos documentos do contrato como na própria lei.

Não deixa, porém, de existir o risco de poder vir a haver modificações substanciais durante a execução do contrato<sup>274</sup> que não se enquadrem nesse contexto, e que deverão ser tratadas nos termos gerais.

#### 4.3.3A comercialização

É difícil determinar quais serão as condições para a aquisição do bem, produto ou serviço em causa antes da conclusão da fase de investigação e desenvolvimento<sup>275</sup>.

Para além da possibilidade de a entidade adjudicante poder pôr termo à parceria no fim das várias fases do procedimento, é possível não haver “segunda adjudicação”, i.e., entrega da fase de comercialização a um dos parceiros privados, se não forem observados os objetivos ou os limites financeiros previstos.

---

<sup>271</sup> Acórdão de 19 de Junho de 2008, Presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351

<sup>272</sup> S. Treumer, “Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive”, Public Procurement Law Review, 3, 2014, p.1

<sup>273</sup> Idem, p.2

<sup>274</sup> S. Younis Augusto de Matos, “Novos tipos de procedimentos pré-contratuais”, (...), p.65

<sup>275</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), p.1057

Como se referiu tal é especialmente arriscado para os parceiros privados, uma vez que podem não ser reembolsados no final de um processo de desenvolvimento de um produto complexo<sup>276</sup>.

A Diretiva não limita a aquisição do produto desenvolvido a "*first products or services*", podendo equacionar-se se a entidade adjudicante não poderia também adquirir o produto desenvolvido, mesmo depois de já ter sido comercializado. Se fosse o caso, a entidade adjudicante não estaria a incentivar a inovação no mercado em geral, mas pelo contrário a constituir um entrave à concorrência<sup>277</sup>.

Assim, a parceria para a inovação pode ter três formas de terminar: 1) com a aquisição da solução inovadora, no fim da execução do contrato; 2) o fim da fase de investigação e desenvolvimento, por não terem sido cumpridos os valores ou os objetivos estipulados nas peças processuais; ou 3) a resolução antecipada da parceria para a inovação com parceiros específicos no fim de cada (sub-) fase, se tal estiver previsto nas peças procedimentais<sup>278</sup>.

A aquisição de uma solução sem que tenham sido observados os objetivos e limites financeiros previstos nas peças do procedimento implicaria a celebração de um novo contrato, através de um novo procedimento<sup>279</sup>.

É difícil para a entidade adjudicante garantir que está a obter o melhor resultado possível para a fase de comercialização, uma vez que não existe um verdadeiro procedimento concorrencial para esta fase.

Outro elemento que dificulta a obtenção de bons resultados nesta fase é a dificuldade de conseguir determinar adequadamente o preço que corresponde à aquisição, pois à data da adjudicação o produto ainda não foi desenvolvido<sup>280</sup>.

## 5. Outras questões

### 5.1 Concorrência e Transparência

---

<sup>276</sup> V. Dobmann, *Das neue Vergaberecht : GWB, VgV, SektVO, KonzVgV, VOB/A-EU*, (...)§ 103-115

<sup>277</sup> A. R. Apostol, "Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?", (...), p.7

<sup>278</sup> C. Krönke, §119, Abs. 7 Innovationspartnerschaft, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, (...)

<sup>279</sup> C. Krönke, §119, Abs. 7 Innovationspartnerschaft, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*(...)

<sup>280</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...),p.1048

Os problemas suscitados pela dificuldade em garantir a transparência deste procedimento colocam-se a vários níveis.

Desde logo, numa fase inicial, tornar-se difícil definir um preço para o eventual resultado da parceria, criando um risco de discriminação<sup>281</sup>.

Aquele risco está presente durante todo o procedimento, já que a incerteza quanto aos eventuais resultados são característica própria da parceria para a inovação. Está presente na escolha dos concorrentes e, mais ainda, na escolha quanto à comercialização<sup>282</sup>, a “segunda adjudicação”, na qual se pode até falar na ausência de concorrência, no sentido previsto das Diretivas.<sup>283</sup>

O Considerando 49 faz referência à necessidade de não discriminação, chamando a atenção para o facto de o próprio legislador europeu reconhecer que essa possibilidade existe.<sup>284</sup>

Existe também um elevado risco económico para os agentes privados, dada a possibilidade de investir no desenvolvimento de um produto e depois não participar na comercialização.

A Comissão Europeia reconheceu que existem riscos para a concorrência associados ao aumento de flexibilidade nos procedimentos e da possibilidade de se recorrer a negociações em vários deles<sup>285</sup>. Naturalmente, este é o caso da parceria para a inovação, que traz consigo ainda riscos associados às incertezas quanto ao objeto e à margem de discricionariedade concedida à entidade adjudicante.

## 5.2 Auxílios estatais

Destaca-se agora a eventual classificação das parcerias para a inovação como auxílios estatais à luz do artigo 107.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

À partida considera-se que não é o caso, por estarmos a falar de um procedimento criado numa Diretiva Europeia.

De acordo com o que tem sido decidido pelo Tribunal de Justiça da União europeia, é preciso provar que se trata de uma “*pure procurement transaction*” e o

---

<sup>281</sup> Idem

<sup>282</sup> Ibidem

<sup>283</sup> Ibidem

<sup>284</sup> C. Krönke, §119, Abs. 7 Innovationspartnerschaft, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, (...)

<sup>285</sup> A. Sánchez Graells, “Public procurement and state aid: reopening the debate?”, *Public Procurement Law Review*, 6, 2012,p.2

procedimento utilizado é compatível com as Diretivas e adequado para alcançar o “*best value for money*”, no sentido de não conceder uma vantagem económica para além das condições normais de mercado naquelas circunstâncias<sup>286</sup>.

Para refutar a presunção de compatibilidade que existe para os procedimentos previstos nas Diretivas seria preciso determinar que apesar de cumpridas as regras do procedimento, o contraente privado teria recebido uma vantagem injustificada, por não terem sido observadas nos termos do contrato as condições normais de mercado<sup>287</sup>.

Interessa saber se a decisão tomada pela entidade adjudicante seria semelhante à decisão tomada por um operador normal, desinteressado, no mercado<sup>288</sup>.

A questão coloca-se pela dificuldade inerente à avaliação do preço de algo que não existe e à relação “*value for money*”, que pode ser difícil de escrutinar<sup>289</sup>.

O problema agudiza-se se a inovação desenvolvida não aproveitar só à entidade adjudicante<sup>290</sup> <sup>291</sup>. A razão pela qual é importante é que o parceiro privado pode estar numa posição favorável face a outros concorrentes privados desde o início<sup>292</sup>.

A concessão de uma vantagem a um parceiro pode conduzir à exclusão de outro, o que, por sua vez, representa uma vantagem ainda maior para o primeiro<sup>293</sup>.

Com efeito, através do financiamento da inovação poderia estar a impedir a concorrência no setor privado, limitando a capacidade de competição de outras empresas, que, por não terem apoio estatal, enfrentam uma pressão competitiva anormal<sup>294</sup>. Tal pode conduzir a um encerramento do mercado, indo no sentido

---

<sup>286</sup> Idem,p.3

<sup>287</sup> Idem

<sup>288</sup> Ibidem

<sup>289</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...),p.1048

<sup>290</sup> C. Krönke, §119, Abs. 7 Innovationspartnerschaft, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, (...)

<sup>291</sup> P. Cerqueira Gomes “The innovative innovation partnerships under the 2014 Public Procurement Directives”, (...),p.5

<sup>292</sup> A. Sánchez Graells, “Public procurement and state aid: reopening the debate?”, (...),p.6

<sup>293</sup> P. Nicolaidis, S. Schoenmakers “Public Procurement, Public Private Partnerships and State Aid Rules: A Symbiotic Relationship”, (...),p.1

<sup>294</sup> P. Cerqueira Gomes “The innovative innovation partnerships under the 2014 Public Procurement Directives”, (...),p.5

oposto ao efeito impulsionador para o mercado da parceria para a inovação pretendido pela Diretiva<sup>295</sup>.

Para Sánchez Graells a parceria para a inovação é um dos elementos que integram novas diretivas que poderá criar o risco de auxílios estatais ilegais<sup>296</sup>.

Procedimentos que envolvem bens futuros e atividades de investigação e desenvolvimento têm riscos acrescidos de gerar efeitos anti-concorrenciais<sup>297</sup>. Pode também haver efeitos anti-concorrenciais que não se restrinjam à aquisição daquele bem ou produto específico, mas também para o mercado em geral<sup>298</sup>.

A análise das regras do procedimento e práticas deve levar em conta os efeitos que o desenvolvimento daquele bem, produto ou serviço vai ter no mercado no futuro<sup>299</sup> não se restringindo a uma análise de curto prazo.

### 5.3 Confidencialidade e Propriedade Intelectual

A natureza das parcerias para a inovação implica um especial cuidado com as questões relacionadas com a confidencialidade e a proteção da propriedade intelectual. Como o procedimento visa a criação de soluções inovadoras, está naturalmente em causa informação sensível, cuja proteção é importante para os concorrentes antes, durante e após o procedimento. Deve acautelar-se, nomeadamente, que não sejam indevidamente fornecidas informações pertencentes a um concorrente aos demais, ou, nalguns casos, à própria entidade adjudicante.

Nas parcerias celebradas com mais do que um parceiro, existe um risco mais elevado de surgir o “roubo de ideias”, por parte da entidade adjudicante, ou por parte dos outros parceiros<sup>300</sup>.

Por esta razão, a própria Diretiva procurou criar mecanismos de proteção, como os previstos no n.º 4 e no n.º 6 do do artigo 31.º.

O princípio básico encontra-se estabelecido no n.º 4 do artigo 31.º, que prevê que não pode ser prestada informação confidencial sem a autorização do concorrente, que deverá ser específica a cada caso e não genérica.

---

<sup>295</sup> Idem,p.5

<sup>296</sup> A. Sánchez Graells, “Public procurement and state aid: reopening the debate?”, (...),p.4

<sup>297</sup> Idem,p.6

<sup>298</sup> Idem

<sup>299</sup> Ibidem

<sup>300</sup> M. Fehling, „Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren“, (...), p.675

A previsão do n.º 4 do artigo 31.º quanto à confidencialidade da informação corresponde ao que se prevê para o procedimento por negociação e o diálogo concorrencial<sup>301</sup>. O n.º 6 do artigo 31.º prevê a mesma proteção da informação confidencial durante a fase de execução, quando existam vários concorrentes. De certa forma, é o reconhecimento da continuidade da concorrência durante a fase de execução<sup>302</sup>.

Pretende-se dar também algumas garantias para a salvaguarda do princípio da igualdade, criando condições idênticas para todos os concorrentes e divulgando-as a todos pelos mesmos documentos de procedimento, de modo a que tenham essa informação na altura de submeterem as propostas<sup>303</sup>.

Arrowsmith defende que quando se determina que a entidade adjudicante deve definir nos documentos de concurso as disposições aplicáveis à propriedade intelectual, não quer necessariamente dizer que não possa haver negociação. A entidade adjudicante pode escolher entre aplicar regras mais duras, que não dêem azo a negociação, ou regras mais flexíveis<sup>304</sup>.

Porém, Andrecka questiona que a lei esteja necessariamente a referir-se à fase de execução. Entende que caso seja essa a solução, se poderia suscitar a possibilidade de “*cherry-picking*” na fase de negociação<sup>305</sup>. Apoia-se no facto de ser permitido à entidade adjudicante alterar as especificações técnicas e outros documentos no fim de cada ronda de negociação, ter de ser concedido tempo aos concorrentes para se ajustarem às alterações e voltarem a apresentar propostas, e no facto de o n.º 4 do artigo 31.º proibir a partilha de informações confidenciais, mas permitir a partilha das soluções e se poder entender que, por não haver como no diálogo concorrencial uma disposição que obrigue os concorrentes a apresentar as propostas finais com base nas soluções apresentadas no diálogo, poderia a solução final basear-se no que tivesse sido desenvolvido durante as negociações<sup>306</sup>.

---

<sup>301</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), p.1056

<sup>302</sup> *Idem*, p.1057

<sup>303</sup> M.A. Bernal Blay “The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation”, (...), p.8

<sup>304</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, (...), pp.1059-1060

<sup>305</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...), p.8,9

<sup>306</sup> *Idem*

É também difícil perceber no caso de um concorrente não ter sido selecionado para a fase de execução, o que sucede às informações e aos direitos de propriedade intelectual partilhados e/ou comunicados até a esse momento<sup>307</sup>.

A Diretiva não determina, contudo, quem deverá ficar com os direitos de propriedade intelectual que decorrerem dos resultados da parceria<sup>308</sup>. Caso entendêssemos que seria o produtor a ficar com eles, poderíamos questionar se não estaria a ser remunerado duas vezes: pelo desenvolvimento da inovação e pela manutenção dos direitos de propriedade intelectual no final<sup>309</sup>. Poderíamos eventualmente ter aqui uma situação de auxílio estatal.

A Diretiva não determina também que a entidade adjudicante deva adquirir *todos* os direitos de propriedade intelectual gerados pelo parceiro para atingir as metas intermédias estabelecidas pelo parceiro público. Tal poderia dar origem ao parceiro privado receber fundos públicos para desenvolver outros produtos inovadores e gerar uma distorção da concorrência, o que seria contrário ao objetivo de promover a contratação de soluções inovadoras como de política horizontal<sup>310</sup>.

Uma possível solução seria as entidades adjudicantes adquirirem uma licença de exploração e não os direitos de propriedade intelectual, permitindo aos contratantes privados ficar com os estes direitos. Seria também um incentivo para o setor privado, nomeadamente para as PME<sup>311</sup>. Assim permite-se que compitam apenas com base nas soluções inovadoras, garantindo incentivos suficientes sem a intervenção estatal mais direta<sup>312</sup>.

O risco de “roubo de ideias” pode também ser mitigado através de negociações bilaterais entre a entidade adjudicante e cada parceiro, em vez de negociações em simultâneo<sup>313</sup>.

A entidade adjudicante deve evitar trazer elementos de uma ronda de negociação para outra, por forma a garantir a confidencialidade. Deve também

---

<sup>307</sup> V. Dobmann, *Das neue Vergaberecht : GWB, VgV, SektVO, KonzVgV, VOB/A-EU*, (...), §113-115

<sup>308</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...), p.10

<sup>309</sup> Idem

<sup>310</sup> P. Cerqueira Gomes “The innovative innovation partnerships under the 2014 Public Procurement Directives”, (...), p.5

<sup>311</sup> Idem, p.6

<sup>312</sup> Idem

<sup>313</sup> M. Fehling, „Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren“, (...), p.678

assegurar a confidencialidade através da documentação das negociações com cada entidade privada<sup>314</sup>.

A separação estrita entre as várias propostas pode, contudo, ter efeitos negativos na criatividade e na própria inovação<sup>315</sup>.

A parceria para a inovação não terá necessariamente de assentar na aquisição do direito ao uso exclusivo. Essa opção poderia ser contrária ao fim de encorajar a participação dos concorrentes privados, uma vez que estes ficariam sem a possibilidade de continuar a fazer uso económico de uma inovação por eles desenvolvida<sup>316</sup>.

Esta questão é especialmente relevante no caso de se terminar antecipadamente a parceria<sup>317</sup>.

A não remuneração do conhecimento pode ser um grande desincentivo à participação dos concorrentes neste tipo de procedimento, já que pode implicar uma perda de direitos de propriedade intelectual ou de ideias relevantes sem haver uma proteção adequada que o compense<sup>318</sup>.

#### 5.4 Utilidade do procedimento

Cabe ainda analisar a efetiva utilidade deste procedimento e da sua adoção pelas entidades adjudicantes.

Um dos problemas que se colocará ao funcionamento das parcerias para a inovação “no terreno” é prévio ao próprio procedimento. Trata-se do facto de poucas entidades adjudicantes possuírem os conhecimentos técnicos necessários para levar a cabo este tipo de procedimento.

Exigem-se esforços consideráveis às entidades adjudicantes, em termos de conhecimentos técnicos, no estabelecimento de metas intermédias e na regulação

---

<sup>314</sup> Idem

<sup>315</sup> Ibidem

<sup>316</sup> C. Krönke, §119, Abs. 7 Innovationspartnerschaft, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, (...)

<sup>317</sup> L. Hettich, *Das neue Vergaberecht : eine systematische Darstellung der neuen EU-Vergaberichtlinien 2014*, (...), p.36

<sup>318</sup> E. Badenhausen-Fähnle, “Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?”, (...), p.756



de direitos de propriedade intelectual, o que pode ser especialmente difícil para entidades adjudicantes de pequena dimensão ou com pouca experiência<sup>319</sup>.

Assim, entendemos que existirão poucas entidades adjudicantes que tenham condições efetivas para levar a cabo este procedimento.

Rosenkötter entende que só com muita pressão do mercado e competência técnica da entidade adjudicante o procedimento poderia ser levado a cabo<sup>320</sup>. De resto, terá lugar apenas em casos isolados ou em determinadas áreas<sup>321</sup>.

Outro problema está na sobreposição com o procedimento por negociação e o diálogo concorrencial, que já são também pouco usados pelas entidades adjudicantes.

Vários autores<sup>322 323 324</sup> entendem que a parceria para a inovação não traz nada de novo *per se* e que se limita a conferir legitimidade, forma e segurança jurídica àquilo que já era possível fazer através de outros procedimentos, embora com um controlo mais apertado, por via da procedimentalização formal.

É discutível o impacto que as parcerias para a inovação possam vir a ter, dada a complexidade do procedimento e os elevados riscos envolvidos na criação de soluções totalmente inovadoras<sup>325 326</sup>. É duvidoso que as empresas e as entidades adjudicantes estejam dispostas a investir tempo e custos num procedimento complexo que pode, pela própria natureza não resultar na descoberta da solução necessária, dado que a parceria para a inovação pode terminar sem que tenham sido atingidos os objetivos. O risco e a incerteza jurídica envolvidos neste procedimento são muito elevados.

Neste sentido, Burgi questiona se a parceria para a inovação, tratando-se de um procedimento sofisticado e propenso a erros, terá âmbito de aplicação para além de projetos estritamente de investigação e desenvolvimento<sup>327</sup>.

---

<sup>319</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...),p.12

<sup>320</sup> A. Rosenkötter, „Die Innovationspartnerschaft“, (...),p.202

<sup>321</sup> Idem

<sup>322</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Londres, 2014, Thomson Reuters, 3ª edição,p.1050

<sup>323</sup> J. Meiners, M. Püstow, „Die Innovationspartnerschaft – Mehr Rechtssicherheit für ein innovatives Vertragsmodell“, (...),p.406

<sup>324</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...), p.12

<sup>325</sup> M. Burgi, *Vergaberecht : systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung*, (...),p.91

<sup>326</sup> M. Raimundo “Uma primeira análise das novas directivas (parte II)”, (...)

<sup>327</sup> M. Burgi, *Vergaberecht : systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung*, (...),p.91

Andrecka acrescenta ainda que a parceria para a inovação, pela sua complexidade, não é adequada para as entidades adjudicantes que buscam bens ou serviços a curto prazo<sup>328</sup>.

Badenhausen-Fähnle duvida também do valor da inclusão da parceria para a inovação como 5º procedimento contratual<sup>329</sup>.

A nosso ver o procedimento terá certamente dificuldades em se tornar mais utilizado pelas entidades adjudicantes. A combinação destes três elementos - risco, complexidade técnica e redundância face ao procedimento por negociação e ao diálogo concorrencial é pouco encorajadora. Não quer dizer, contudo, que o procedimento seja totalmente desadequado. Entendemos que poderá ver aplicação em áreas de complexidade técnica exijam mais flexibilidade. Um procedimento que permita alcançar essa flexibilidade será sempre uma ferramenta útil. Também não cremos que a complexidade seja necessariamente um ponto negativo, pois permite deixar claro às entidades adjudicantes que é um procedimento a que devem recorrer com cuidado e se efectivamente tiverem capacidade técnica para o levar a cabo. Tendo em conta o potencial deste procedimento para gerar despesas elevadas para o erário público afigura-se-nos adequado garantir que as entidades estão efectivamente qualificadas para esse efeito.

## 6. Breve análise das diferentes transposições das Diretivas

Até à presente data a Diretiva 2014/24/EU foi transposta para os ordenamentos jurídicos da maioria dos Estados-Membros da União Europeia.

As transposições de outros Estados-Membros que analisámos (espanhola, francesa, alemã e italiana) mantiveram-se essencialmente fiéis ao texto da Diretiva. Foram feitas adaptações necessárias ao enquadramento nos ordenamentos internos destes países e algumas transposições acrescentaram elementos clarificadores da forma como funcionará o procedimento das parcerias para a inovação.

---

<sup>328</sup> M. Andrecka, “Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?”, (...),p.12

<sup>329</sup> E. Badenhausen-Fähnle, “Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?”, (...),p.743

Tal significa que as transposições para outros ordenamentos aqui analisadas são também bastante semelhantes à transposição para o nosso ordenamento nacional, que pouco alterou o texto da Diretiva, embora o tenha reestruturado de forma mais clara.

## 6.1 Espanha

A transposição das Diretivas 2014/23/EU e 2014/24/EU foi feita para o ordenamento jurídico espanhol através da Ley 9/2017 de 8 de novembro.

A parceria para a inovação está regulada como *“procedimiento de asociación para la innovación”* nos artigos 177.º a 182, na Subsección 6.ª, da Sección 2.ª do Capítulo I do Livro Segundo daquela lei.

O n.º 2 do artigo 177.º determina que a fase de investigação e desenvolvimento se rege pelas normas regulamentares estabelecidas para o procedimento e, supletivamente, pelas normas que regem o *“contrato de servicios”*. Para a fase de execução aplicam-se as normas do contrato correspondente ao serviço que executam.

Prevê-se também, no n.º 1 do artigo 180.º, que a redução do número de concorrentes não dará nunca lugar a indemnização, salvo a contraprestação pelos trabalhos realizados prevista no caderno de encargos.

O artigo 181.º reporta-se especificamente às aquisições no seguimento do *“procedimiento de asociación para la innovación”*. Este artigo determina que a seleção do cocontratante com quem se fará a comercialização terá por base os critérios objetivos estabelecidos no caderno de encargos. Acrescenta também uma restrição temporal, determinando que caso a aquisição em questão envolva a realização de prestações sucessivas, só poderá ser levada a cabo por um prazo máximo de 4 anos após a aquisição.

Parece-nos uma boa escolha, pois ajuda a clarificar e a concretizar alguns aspetos mais confusos da parceria para a inovação para os concorrentes e para as entidades adjudicantes.

A restrição temporal, em especial, poderá ser útil, face às questões suscitadas quanto à duração da parceria para a inovação e o facto de a Diretiva ser omissa quanto a este ponto.

## 6.2 França

A transposição francesa foi feita através do Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics para o Code des marchés publics.

As parcerias para a inovação foram reguladas como “*parteneriat d’innovation*” nos artigos 93.º a 95.º da Section 3 do Chapitre VII do Titre III.

O n.º 2 do n.º II do artigo 94.º obriga a entidade adjudicante a comunicar aos concorrentes a decisão tomada quanto àqueles com quem vai prosseguir a parceria. Determina ainda que o contrato deve definir as condições em que a parceria poderá ser terminada antecipadamente, as consequências financeiras dessa decisão e a forma de seleção dos parceiros para a fase seguinte da execução.

É um esclarecimento útil, que pode ajudar a assegurar uma comunicação clara e transparente entre a entidade adjudicante e os parceiros privados, fornecendo a ambas as partes ferramentas que ajudam a clarificar o funcionamento do procedimento.

Submetem-se também as parcerias para a inovação de valor superior ao da “*procédure formalisée*” ao regime do procedimento por negociação, nos termos n.º I do artigo 95.º.

## 6.3 Alemanha

A transposição das Diretivas foi feita para o ordenamento jurídico alemão em fevereiro de 2016, tendo as alterações ao GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)<sup>330</sup> e VgV (Vergabeverordnung)<sup>331</sup> entrado em vigor em abril do mesmo ano. Saliente-se que a transposição das Diretivas foi acompanhada de uma alteração estrutural relevante destes códigos.

As parcerias para a inovação foram transpostas para o §119, Absatz<sup>332</sup> 7 do GWB e no VgV, Abschnitt<sup>333</sup> 2, Unterabschnitt<sup>334</sup> 1, § 19.

No caso alemão, a parceria para a inovação não está expressamente prevista para as concessões, mas como existe flexibilidade na estruturação dos

---

<sup>330</sup> Lei contra a limitação da concorrência

<sup>331</sup> Decreto da contratação pública

<sup>332</sup> Parágrafo

<sup>333</sup> Seção

<sup>334</sup> Subseção

procedimentos também será possível nesses casos<sup>335</sup>. Contudo, não é aplicável aos contratos que se reportam à aquisição de produtos no âmbito da defesa, já que o artigo relevante do GWB, § 146, não o menciona<sup>336</sup>.

Trata-se de uma transposição que se mantém fiel ao texto das Diretivas. É, contudo, preciso ter em conta que as regras europeias dos contratos públicos apenas se aplicam na Alemanha quando se ultrapassam os limiares estabelecidos na Diretiva, no artigo 4.º e artigo 13.º, e que essa regra geral se aplica também às parcerias para a inovação.

#### 6.4 Itália

A transposição italiana foi feita através do Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e a figura do *"partenariato per l'innovazione"* ficou prevista no artigo 65.º.

Segue essencialmente o regime previsto na Diretiva, sem alterações significativas.

#### 7. Conclusões

A parceria para a inovação como novo procedimento contratual traz consigo soluções interessantes para a aquisição de produtos inovadores, bem como problemas complexos na sua aplicação prática.

Enquadra-se num contexto geral de acrescida importância da inovação a nível europeu e a nível internacional e é uma de entre várias soluções possíveis que permite às entidades públicas adquirir produtos, bens ou serviços inovadores. Recorre, dentro desse contexto, a um conceito de inovação que inclui não só a ideia de o produto, bem ou serviço a adquirir ser algo efectivamente novo ou significativamente melhorado, mas também o facto de este produto ainda não existir no mercado.

A parceria para a inovação ficou regulada de modo algo confuso na Diretiva 2014/24/EU, mas a transposição conseguiu dar-lhe uma sequência mais clara e cronológica.

---

<sup>335</sup> V. Dobmann, *Das neue Vergaberecht : GWB, VgV, SektVO, KonzVgV, VOB/A-EU*, (...), §106-107

<sup>336</sup> Idem

A transposição da Diretiva para a legislação nacional no CCP revisto mantém sem muitas alterações o disposto na Diretiva quanto à parceria para a inovação. Acrescenta, contudo, no artigo 301.<sup>o</sup> alguns elementos que permitem concretizar um pouco mais determinados aspectos dos *“contratos com forte componente de inovação”*, categoria a que pertencem as parcerias para a inovação.

Trata-se de um procedimento multifásico, estruturado em três fases pré-contratuais - qualificação, negociação e adjudicação - e uma fase contratual de execução, que se subdivide em duas - investigação e desenvolvimento e comercialização.

A adjudicação das parcerias para a inovação é dificultada pela complexidade inerente a estabelecer (sub-) critérios de adjudicação apropriados, uma vez que o produto a ser desenvolvido ainda não existe no mercado. Os critérios devem ser amplos o suficiente para permitir a inovação e o desenvolvimento de soluções, mas conseguir simultaneamente dar aos parceiros privados e às entidades adjudicantes elementos de orientação concretos. Não nos parece adequada a ideia de se delinear estes critérios apenas num momento posterior.

Esta adjudicação é feita com base no critério da melhor relação qualidade-preço, estando expressamente vedada a possibilidade de se adjudicar apenas com base no preço mais baixo. Em relação ao preço é preciso que este seja proporcional ao valor investido pelos parceiros privados, que se preveja uma remuneração em fases para a investigação e desenvolvimento e que seja também levado em conta o preço do produto final em si. Influem também nesta questão aspectos relacionados com a remuneração dos direitos de propriedade intelectual.

A execução da parceria para a inovação suscita problemas a vários níveis. Desde logo porque a entidade adjudicante deverá eventualmente ter de optar entre concluir a parceria para a inovação com um de entre vários parceiros, partindo para a fase de comercialização ou pôr-lhe fim. Estas escolhas implicam análises comparativas e “concorrenciais” por parte da entidade adjudicante que não se encontram reguladas na legislação europeia e nacional e para as quais devem ser encontrados critérios proporcionais, transparentes e não discriminatórios.

Temos, na prática, uma “segunda adjudicação”, sem procedimento, em que a entidade adjudicante escolhe a quem “adjudica” a comercialização do produto, bem, ou serviço desenvolvido durante a I&D.

Apesar de esta decisão ter lugar fora do âmbito regulado pelas Diretivas, deverão ser observados os princípios gerais, designadamente a igualdade de oportunidades, transparência e não discriminação.

Apesar de usarmos a expressão “segunda adjudicação” para nos referirmos a esta escolha, não entendemos que estejamos aqui perante uma verdadeira adjudicação – essa já ocorreu num momento anterior. A expressão pretende apenas salientar a existência de uma escolha que a entidade adjudicante tem de fazer entre concorrentes que é semelhante à adjudicação.

Este procedimento será, provavelmente, pouco usado pelas entidades adjudicantes. A sua complexidade exige conhecimentos técnicos que estas muitas vezes não possuem e o procedimento em si comporta riscos elevados em termos de custos e de tempo para as entidades adjudicantes e os parceiros privados.

## 8. Bibliografia

### 8.1 Citada

- T. Almeida, "A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista ambiental : internalização de externalidades ambientais pelos critérios de adjudicação", 2014, In: Boletim de ciências económicas. - Coimbra, 1952. - Vol. 57, Tomo 1 (2014), p. 147-194
- M. Andrecka, "Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?", In: Public Procurement Law Review, 2, 2015, pp. 48-62
- M. Andrecka, "Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract Under the Regime of the New Directive 2014/24/EU", In: European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 9, 2014 174
- A. R. Apostol, "Formal European standards in public procurement: a strategic tool to support innovation", In: Public Procurement Law Review, 2, 2010, pp. 57-72
- A. R. Apostol, "Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?", In: Public Procurement Law Review 6, 2012, pp. 213-225
- A. R. Apostol, "Public procurement of innovation - a structural approach", In: Public Procurement Law Review, 4, 2012, pp.179-186
- S. Younis Augusto de Matos, "Novos tipos de procedimentos pré-contratuais", In: *Atas da Conferência "A Revisão do Código Dos Contratos Públicos"*, Lisboa, 2016
- S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Londres, 2014, Thomson Reuters, 3ª edição
- E. Badenhausen-Fähnle, "Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?", In: VergabR 2015, pp.743-758
- M.A. Bernal Blay "The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation", In: European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 9 2014, 3
- C. Bovis, *The law of EU public procurement*, Oxford, 2015, Oxford University Press
- M. Burgi, *Vergaberecht : systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung*, München, 2016, C. H, Beck



- M. Burgi, "Die Förderung sozialer und technischer Innovationen durch das Vergaberecht", In: NZBAU, 2011, 577, p.581
- L. Butler, "Innovation in Public Procurement: Towards the "Innovation Union"" , in: *Modernizing Public Procurement – The New Directive*, Dinamarca, 2014, Djøf Publishing
- P. Cerqueira Gomes "The innovative innovation partnerships under the 2014 Public Procurement Directives", In: *Public Procurement Law Review*, 4, 2014, pp. 211-218
- J. Davey, "Procedures involving negotiation in the new Public Procurement Directive: key reforms to the grounds for use and the procedural rules", In: *Public Procurement Law Review*, 3
- V. Dobmann, *Das neue Vergaberecht : GWB, VgV, SektVO, KonzVgV, VOB/A-EU*, 2016, Nomos, § 104-105
- C. Edquist, N.S.Vonortas, J.M.Zabala-Iturriagagoitia, "Introduction", In: *Public Procurement for Innovation*, Cheltenham, 2015,
- M. Esteves de Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra, 2011, Almedina
- M. Fehling, „Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren“ , In: NZBau, 2012, pp. 673
- J. Hedges, "Unsolicited Proposals – Competitive Solutions for Private Infrastructure", In: *Public Policy for the Private Sector*, The World Bank Group Private Sector And Infrastructure Network, Note 258, 2013
- L. Hettich, *Das neue Vergaberecht : eine systematische Darstellung der neuen EU-Vergaberichtlinien 2014*, Köln, 2014, Bundesanzeiger-Verl.
- C. Krönke, §119, Abs. 7 Innovationspartnerschaft, *Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil* (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Auflage 2017
- R. Leinemann, E. Leinemann, T. Kirch, M. Büdenbender, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge : GWB-Vergaberecht, VgV, KonzVgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, : Erläuterung aller Vergabeordnungen, Nachprüfung von Vergabeverfahren, Vergabestrafrecht, Compliance*, Köln, Bundesanzeiger Verlag, 2016
- A. Leitão, *Lições de direito dos contratos públicos : parte geral*, 2014, Lisboa, AAFDL, 2<sup>a</sup> ed., P. 305

- R. Ley, M. Wankmüller, *Das neue Vergaberecht 2016 : Lieferungen und Dienstleistungen nach GWB und VgV*, 2016, pp.312-315
- Y.Li, L. Georghiou, J. Rigby, "Public procurement for innovation elements in the Chinese new energy vehicles program", In: *Public Procurement for Innovation*, Cheltenham, 2015
- H. van Meerveld, J. Nauta, G. Whyles, "Forward commitment procurement and its effect on perceived risks in PPI projects", In: *Public Procurement for Innovation*, Cheltenham, 2015
- J. Meiners, M. Püstow, „Die Innovationspartnerschaft – Mehr Rechtssicherheit für ein innovatives Vertragsmodell“, In: *NZBau*, 2016, pp.406-412
- P. Nicolaides, S. Schoenmakers "Public Procurement, Public Private Partnerships and State Aid Rules: A Symbiotic Relationship", In: *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 9 50, 2014
- M. Raimundo "Uma primeira análise das novas directivas (parte II)", In: *Revista de Contratos Públicos*, nº10, Coimbra, 2014
- A. Rosenkötter, „Die Innovationspartnerschaft“, In: *VergabeR 2016*, 2016, pp.196-198
- A. Sánchez Graells, "Public procurement and state aid: reopening the debate?" In: *Public Procurement Law Review*, 6, 2012, 205-212
- M. Steinicke, "The Public Procurement Rules and Innovation", In: *EU Public Procurement – Modernization, Growth and Innovation*, pp.259-274
- P. Telles, „Competitive Dialogue: Should Rules be Fine-Tuned to Facilitate Innovation?“, In: *EU Public Procurement – Modernization, Growth and Innovation*, pp. 221-236
- P. Telles, L.R.A. Butler, „Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU“, In: *Modernizing Public Procurement – The New Directive*, Dinamarca, 2014, Djøf Publishing
- S. Treumer, "Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive", *Public Procurement Law Review*, 3, 2014, pp.148-155
- L. Turley, "Unsolicited Proposals in Infrastructure Procurement: A growing reality for governments, requiring robust management frameworks", *International Institute for Sustainable Development – Discussion Paper*, 2015

- N.S. Vonortas, “Innovation and public procurement in the United States”, in: Public Procurement for Innovation, Cheltenham, 2015

## 8.2 Consultada

- B. Azevedo, “Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos”, In: *Estudos de contratação pública*, org. Pedro Gonçalves, vol. 2, Coimbra, 2010, p. 223-271

- J. Brux, F. Marty, “IPPP: Risks and Opportunities, An Economic Perspective”, In: *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 9, 2014, 113

- M. Burgi, “Can Secondary Considerations in Procurement Contracts be a Tool for Increasing Innovative Solutions?” in: *EU Public Procurement – Modernization, Growth and Innovation*

- M. Burnett, “The New Rules for Competitive Dialogue and the Competitive Procedure with Negotiation in Directive 2014/24--What Might They Mean for PPP?”, In: *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 10, 2015 62

- M. Caldeira, “Sobre a caducidade da adjudicação no Código dos Contratos Públicos”, In: *Estudos de contratação pública*, org. Pedro Gonçalves, vol. 4, 2013, Coimbra, pp. 447-485

- R. Caranta “Mapping the margins of EU public contracts law: covered, mixed,excluded and special contracts” , in: *Modernizing Public Procurement – The New Directive*,pp.67-97

- D. Duarte de Campos, “A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de fatores ambientais e sociais”, in: *Estudos de direito público*, 2011, Coimbra, pp. 127-170

- D. Duarte de Campos, C. Machado, P. Melo, “Public Procurement in Portugal: The State of the Art and the Way Forward”, In: *European Public Private Partnership Law Review*, 6, 2011, 196

- P. Ferk, “The Future of Public Procurement Law within EU Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes the XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014”, Congress Publications Vol. 3 by Ulla Neergaard, Catherine Jacqueson, Grith Skovgaard Ølykke (Eds.) Djøf Publishing, 2014, Copenhagen, 811

pp. – Book Review”,2015, European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 10 EPPPL 55

- K. Fournier, “Public Procurement, Innovation and Policy(Review)”, In: Public Procurement Law Review, 3, 2015,pp. 106-109

- A. Gouveia Martins, “A modificação dos contratos no anteprojeto do Código dos Contratos Públicos”, in: *Atas da Conferência “A REVISÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS”*, Lisboa, 2016

- P. Henty, “Time limits for proceedings and prior disclosure of material relating to the award”, In: Public Procurement Law Review, 5, 2011, 213-221

- S. Hertwig, *Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe : Systematik, Verfahren, Rechtsschutz*, 2016, C. H. Beck

- M. Neiva de Oliveira, “Country Report – Portugal – New Directives on Public Procurement”,In: European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 9, 2014, 219

- K. Olesen, “Model Contracts for Public-Private Innovation Partnerships, a Danish Initiative”,In: European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 8, 2013, 248

- G. Ølykke, “The Legal Basis Which Will (Probably) Never Be Used: Enforcement of State Aid Law in a Public Procurement Context”, In: European Public Private Partnership Law Review, 6, 2011, 137

- M. Silva Gomes, “Sustainable Public Procurement in Portugal--State of the Art and Future Prospects”,In: European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 8, Special Issue: Sustainable Procurement Report, 2013, 60

- P. Telles, “Competitive dialogue in Portugal”, In: Public Procurement Law Review, 1, 2010, pp.1-32

- S. Treumer, “Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive”, in: *Modernizing Public Procurement – The New Directive*,pp.9-29

### 8.3 Documentos oficiais

#### Estados Unidos da América

- U. S Department of State - <https://www.state.gov/m/a/140245.htm>

- Federal Acquisition Regulation

## União Europeia

- Comissão Europeia - “Acções Comuns para o Crescimento e o Emprego: o Programa Comunitário de Lisboa”, COM(2005) 330 de 20.7.2005

- Comissão Europeia - [http://ec.europa.eu/research/innovation-union/index\\_en.cfm?pg=why](http://ec.europa.eu/research/innovation-union/index_en.cfm?pg=why), consultado a 16.10.2017

- Comissão Europeia - COM(2006) 502 final, Comunicação da comissão ao conselho, ao parlamento Europeu, ao comité económico e social europeu e ao comité das Regiões; O conhecimento em acção: uma estratégia alargada para a UE no domínio da inovação, Bruxelas, 13.9.2006

- Comissão Europeia - COM (2007) 799 final, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité Das Regiões, Contratos pré-comerciais: promover a inovação para garantir serviços públicos sustentáveis de alta qualidade na Europa, Bruxelas, 14.12.2007

- Comissão Europeia - Bruxelas, 3.3.2010, COM (2010) 2020 final, Comunicação Da Comissão Europa 2020, Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo

- Comissão Europeia - COM(2011) 896 final, Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos, Bruxelas, 20.12.2011

- Tribunal de Justiça da União Europeia - Acórdão de 19 de Junho de 2008, Presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351

- <https://www.innovation-procurement.org/about-ppi/facts-figures/>